Polemik des germanischen Rechts, Land- und Lehnrechts (ius controversum germanicum privatum et feudale).

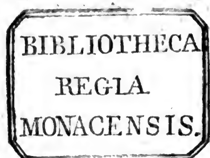
Nach den Systemen des Herrn Geheimen Raths Prof. D. Mittermaier und Herrn Geheimen Raths D. Böhmer bearbeitet von

D. Carl Aug. Gründler,
Königl. Baierschem Hofrath und Professor.

Vierter Theil.

Enthaltend die Polemik über das VII. u. VIII. Buch des Mittermaierschen Lehrbuchs.

Leipzig 1838,
Verlag von Adolph Reimann.


BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorerinnerung.

Mit diesem vierten Bande ist die Polemik des Landrechts vollendet; ob noch zwei Bände, welche die Polemik des Lehnrechts enthalten, nachfolgen werden, wird von dem Interesse abhängen, welches das gelehrte Publikum an diesem ganzen Unternehmen nimmt. Ich war bemüht, die wichtigsten Controversen des deutschen Privatrechts aufzunehmen, welche gewiß auch zur Erläuterung des schätzbaren Mittermaierschen Lehrbuchs dienen. Daß noch vieles nachzuholen und zu berichtigen, bescheide ich mich sehr gern, und deshalb soll das Ganze als ein bloßer Versuch angesehn werden. Das vollständige Register wird

den Gebrauch des Werks erleichtern. Die Entfernung des Verfassers vom Druckort hat veranlaßt, daß viele Druckfehler stehn geblieben, von welchen die wichtigsten angezeigt, so wie auch mehrere Zusätze und Verbesserungen hinzugefügt sind.

Erlangen, den 1. Juni 1838.

Dr. Gründler.

Vierter Theil.

Landrecht,

nach

dem System

des

Herrn Geheimen Raths Prof. D. Mittermaier.

Siebentes und achtes Buch.

Inhaltsanzeige.

Siebentes Buch.

Von den besondern Güterverhältnissen.

I. Abtheilung.

Von den Güterverhältnissen des deutschen Adels.

Anhang.

Von der Patrimonialgerichtsbarkeit.

II. Abtheilung.

Von den besondern Verhältnissen der Bauerngüter.

Achtes Buch.

Vom Privatrechte der Gewerbe überhaupt.

I. Unterabtheilung.

Von den Gewerben und Zünften.

II. Unterabtheilung.

Vom Handelsrechte.

Siebentes Buch.

Von den besonderen Güterverhältnissen.

I. Abtheilung.

Von den Güterverhältnissen des deutschen Adels.

§. 681. (M. §. 420.)

Daß die Burgen mit Regalien an und für sich und ihrer Natur nach versehn gewesen, ist unrichtig.

Einige, als **de Knigge** (de castr. germ. natura et indole. Goett. 1747.) und **Buri** (Erläuterung des Lehnrechts S. 655 — 659.), sind der Meinung, daß die **Burgen** [a]), welche sich von Kemnad, Kemnot [b]), wesentlich unterschieden, mit Regalien, insbesondere mit der Gerichtsbarkeit versehn gewesen wären.

Andere, als **Oesterley** (Diss. de castrorum in germanibus iuribus e. 3. Goett. 1780.), **Struv** (Synt. iur. feud. c. 6. aph. 10.), **Horn** (Iurisprud. feud. c. 7. §. 11.), **Danz** (Handbuch des teut. Privatrechts Th. 4. §. 406.), sind der entgegengesetzten Meinung, und zwar darum, weil einer Burg nicht ursprünglich und vermöge der ehemaligen Beschaffenheit diese Eigenschaft angeklebt, und der Schluß, daß, weil mehrere Burgen mit Regalien versehn gewesen, sie nun auch bei allen übrigen zu vermuthen, offenbar unrichtig sei.

Diese letztere Meinung ist die richtigere, und sonach hat der Besitzer einer solchen Burg, wenn er unter andern behauptet, daß ihm die Gerichtsbarkeit zusteht, solches zu beweisen. Jedoch, wie **Weber** (Handbuch des Lehnrechts B. II. S. 243.) ganz richtig bemerkt, ist, wenn die Gerichtsbarkeit früherhin eine Pertinenz der Burg gewesen, vor der Verleihung dazu gehört hat, bei der nach=

herigen Verleihung auch die Gerichtsbarkeit unter den Zubehörungen begriffen, indem dafür die Vermuthung streitet, daß die Sache mit allen ihren Zubehörungen verliehen sei, und derjenige, welcher hiervon eine Ausnahme behauptet, bestimmter und deutlicher hätte reden sollen.

Diejenigen, welche solche Burgen besaßen, wurden beschlossene oder schloßgesessene Edelleute genannt.

a) Sie dienten zur Sicherheit einer ganzen Gegend, da die Kemnot blos die Privat-Sicherheit bezweckte. Jene konnten ohne höhere Genehmigung nicht angelegt werden. Sachsenspiegel B. 3. Art. 66. Schwabenspiegel Art. 238. Eichhorn Rechtsgeschichte Th. 2. §. 305. S. 795. — Auch müssen die landesherrlichen Burgen von jenen unterschieden werden.

b) Das Wort wird aus dem sclavonischen Kamen, d. i. Stein, abgeleitet. Penzel de orig. Sclavonica voc. camnatae. Hal. 1772. Gercken vermischte Abh. P. II. n. 1. Püttmann Elementa iur. feud. §. 134.

§. 682. (M. §. 421.)

Durch adelige Lehne vermehrten sich die Rittergüter, welche der Regel nach auch von Bürgerlichen besessen werden können.

1) Daß in ältern Zeiten der Grundsatz galt: „Freiman frei Gut," ist nicht zu bezweifeln: sonach wurden die Vorrechte, welche der Freigeborne besaß, auch auf seine Güter übertragen. Adelige Güter konnte nach der ältern Verfassung nur der Freigeborne besitzen, so auch adelige Lehne. In Sachs. Lehnrecht c. 2. heißt es: „Pfaffen, wib, dorfere Koufleute und alle die „recht darbon oder unrecht geboren sind und alle die nicht „en sin von ritters art von vater und von eldervater, die suln „lenrecht darbon." Da Dörfer ausgenommen, so scheint die Beschränkung nicht auf Städte bezogen worden zu sein, wie man auch aus einem Privilegium K. Friedrichs II. v. 1219 ersieht, worin den Bürgern der Stadt Nürnberg der ruhige Besitz der ihnen verpfändeten Lehen, so wie aller derer, womit sie irgend ein Landesherr belehnt hatte, zugesichert wird. Dieser Grundsatz änderte sich aber in der Folge, so daß auf den Stand nicht mehr Rücksicht genommen wurde, sondern so, daß die Vorrechte, welche die Güter erhalten hatten, auch auf Nichtadelige übergingen.

Wenn daher particulaire Gesetze [c]) keine Beschränkungen enthalten, so kann auch ein Nichtadeliger Rittergüter und adelige Lehne erwerben.

2) Durch die Allodification des Lehns werden diese Vorrechte nicht aufgehoben: (Hofmann de appropriatione feudo-

rum §. 43. Böhmer Princ. iur. feud. §. 370. Nibler Abh. Nach bai. R. zieht die Allodification eines mit Gerichtsbarkeit versehenen Lehns den unentgeldlichen Heimfall der Jurisdiction an den Staat nicht nach: in Z. Rhein Beitr. zur Gesetzgeb. B. III. Heft 2. Nr. XII. Würzb. 1831.) sonach vermehrten sich die Rittergüter durch die allodificirten Lehne.

Hiermit stimmen überein: Hommel (Oblec. i. feud. de moest. per clyp. Obs. VIII.), Biener (Diss. de civil. praes. saxonicis feudorum equest. capac. Lips. 1784.), Weber (Handbuch d. Lehnrechts Th. III. §. 98.), Haubold (Sächs. Privatrecht §. 390. a.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 181.). Das Gegentheil überhaupt nimmt an: Posse (Ueber die Rechte des deutschen Adels in s. Beitr. Heft I. S. 64. u. s. f.). Dann in Ansehung der Lehne: Woltaer (in Anmerk. zu Möller Dist. iur. feud. p. 104. not. 5., wo er sagt: feudum nobile definio ad quod nobiles tantum admitti possunt.).

Anmerk. In den deutschen Ländern auf der linken Rheinseite, und in denen auf der rechten, die unter franz. Hoheit standen, verschwanden die Rittergüter unter franz. Herrschaft. In dem unter preuß. Hoheit gekommenen Theil dieser Länder wurden sie wieder hergestellt, und zugleich ward die Erschaffung neuer vorbehalten; s. Ges. v. 27. März 1824.

c) Pr. LR. Th. II. tit. IX. §. 51. Personen bürgerl. Standes können ohne besondere landesherrliche Erlaubniß keine adelige Güter besitzen. Im Edict v. 23. April 1804. ist bestimmt, daß ohne landesherrliche Dispensation Rittergüter nicht an Personen bürgerlichen Standes von den adeligen Besitzern verkauft werden dürfen. In verschiedenen preuß. Provinzen kann nur ein adeliger Besitzer die Erbgerichtsbarkeit, das Patronatrecht und die Jagdbefugniß ausüben. Wegen der Lehne heißt es im Pr. LR. Th. I. tit. XVIII. §. 66.: Adelige Lehne heißen diejenigen, von welchen der Vasall, nach den ursprünglichen Verträgen, Ritterdienste zu leisten verpflichtet ist. §. 67.: Personen unadeligen Standes können also zu solchen, dem Adel bestimmten Lehen in der Regel nicht zugelassen werden. — Nach einer Verord. d. Kurfürsten Ferdinand Maria v. 1672. ist die kurf. Bewilligung nothwendig, wenn ein Bürgerlicher ein adeliges Gut erwerben will. Allein nach neuern Gesetzen verhält es sich anders. Mit den adeligen Gütern ist die Patrimonialgerichtsbarkeit verbunden, und diese kann nach der Verf.-Urkunde Tit. V. §. 4. n. 1. und Beil. V. §. 14. Beil. VI. §. 26. blos einer von Adel erwerben. Wenn gleich das bai. Lehnsedict v. 7. Jul. 1808. §. 35. bestimmt, daß jeder Baier Lehne erwerben könne, so ist doch dies unter Einschränkung zu verstehen. Denn von den Lehnen giebt es zwei Klassen: Thron- und Canzeleilehne; zu jenen gehören die Kronämter und thronlehnbare Güter, d. h. größere Herrschaften, mit deren Besitz die fürstliche und gräfliche Würde verbunden ist. Als Canzeleilehne können aber nur solche Güter bestehen, welche mit eigenen Gerichten versehen werden. Sonach können auch blos Adelige Lehne erwerben. Nur da, wo die Allodification noch nicht

erfolgt ist (denn der §. 25., wonach alle Privatlehne und alle Afterlehne allodificirt werden oder in andere Grundverträge verwandelt werden sollen, ist nach der Revision des Lehnsedicts §. 4. aufgehoben), kann eine Ausnahme Statt finden.

Nach den sächs. Rescripten v. 6. Apr., 26. Sept. 1743., Lehnsmandat v. 30. Apr. 1764. tit. VI. §. 3., Mand. die Beschränkungen der im Lehnsmandat v. 30. Apr. 1764. tit. VI. §. 3. und einigen frühern Gesetzen in Beziehung auf die Veräußerung der Rittergüter enthaltene Vorschriften v. 2. Nov. 1825. können auch Bürgerliche Rittergüter erwerben. — Allein dennoch ist ein wichtiger Unterschied zwischen adeligen und nicht adeligen Rittergutsbesitzern.

§. 683. (M. §. 422.)

Rittergut heißt im Allgemeinen ein solches Land oder Grundgut, welchem der Realadel zusteht, d. h. ein Inbegriff dinglicher adeliger Vorrechte.

Sehr abweichend sind die Begriffe der Rechtsgelehrten von Rittergütern.

Selchow (Elem. iur. germ. §. 155.) sagt: praedium nobile recte definitur, quod sit praedium ab oneribus publicis immune, et qua tale in castris publicis agnitum. Im Ganzen stimmt hiermit Danz (Handbuch d. d. PR. B. 4. §. 405.) überein; denn er sagt: die Befreiung von gemeinen und bäuerischen Lasten (immunitas a plebeiis et rusticis oneribus,) ist noch immer das vorzüglichste und charakteristische Zeichen eines Ritterguts. Posse (a. a. O. Beitr. 1. S. 70.) sagt: ein adlig freies Gut ist ein solches, das entweder niemals im Lehnverhältnisse gewesen ist, oder doch jetzt nicht mehr sich in demselben befindet, und welches in ältern Zeiten von Personen, die zur ritterlichen Kaste, oder dem Adel gehörten, besessen wurde, die es ihres Standes wegen frei von Steuern erhielten, welche Freiheit, so wie einige andere adelige Rechte, jetzt dem Gute ankleben, und zu wirklichen Vorrechten desselben geworden sind. Schmalz (Lehrbuch d. d. Privatrechts §. 371.) äußert sich dahin: der ritterbürtige Adel erwarb für seine Güter auch die Rechte, welche adelige Rechte der Güter genannt werden, und die Rittergüter nicht blos von Bauergütern, sondern auch von nicht adeligen Freigütern unterschieden. Der Kriegsdienst, der auf ihnen lag, und das alte echte Grundeigenthum sind die Gründe ihres Unterschieds. Haubold (Sächs. Privatrecht §. 389.) bestimmt den Begriff dahin: daß es solche unbewegliche Güter sind, welche mit Ritterpferden gedient werden. Mittermaier (a. a. O.) nennt ein adeliges Gut solches, welches wegen des ursprünglichen Zusammenhangs mit adeligen Be-

sitzern gewisse durch Gesetze oder das Herkommen anerkannte, dem Gute selbst anklebende Befreiungen von Lasten und Vorrechten vor den übrigen Landgütern genießt.

Zuerst ist auf die Verfassung des Landes Rücksicht zu nehmen und danach die Eigenschaften der Rittergüter zu bestimmen. Sind keine Bestimmungen in denselben enthalten, so ist der oben angegebene Begriff wohl der richtigere. Denn

1) kann ein Rittergut ein Landgut sein, d. h. was mit zur Landwirthschaft, Viehzucht ꝛc. bestimmt ist, und dies ist gewöhnlich, oder es kann auch blos in einem Schloß, Burg mit Gärten bestehen, ohne daß ländliche Besitzungen, Aecker, Wiesen und so weiter sich dabei befinden.

2) Die Befreiung von gemeinen und bäuerischen Lasten macht das Gut noch nicht allein zum Rittergut; dies sind Freigüter, welche gewöhnlich von Colonisten angelegt wurden. Befreiung von den Steuern, gewöhnlichen Grundsteuern und einigen Abgaben, als Zoll, Accise oder Mauth, Freiheit von Einquartirung, Jagdrecht, Frohnrecht, sind die gewöhnlichen Kennzeichen eines Ritterguts.

3) Sie können lehnbar oder allodial, amts= oder schriftsässig [d]) sein.

d) Nach Sächs. R. wird zwischen alt= und neuschriftsässigen Rittergütern unterschieden, und unter jenen diejenigen verstanden, welche bereits v. J. 1661 die Schriftsässigkeit besaßen. Haubold a. a. O. §. 389. Wenn gleich den schriftsässigen Rittergutsbesitzern die Koppeljagd auf den unverhegten Revieren der amtlichen Güter zukommt, so kann ihnen doch die Klapperjagd nicht gestattet werden. Kind Quaest. for. T. II. q. 50. p. 197.

§. 684. (M. §. 422.)

Ein edelmannsfreiheitsfähiges und Rittergut sind wesentlich von einander unterschieden.

Mittermaier sagt zwar am a. O. Rittergut (Rittersitz, adliges Gut, edelmannsfreiheitsfähiges Gut), allein beide Güter unterscheiden sich wesentlich von einander. Vorzüglich war die Edelmannsfreiheit in Baiern gewöhnlich, wo sie aber durch die Verordnung v. 20. April 1808. (Regierungsblatt 1809. S. 213 u. s. f.) aufgehoben ist. Sie war eigentlich blos ein persönliches Vorrecht, welches aber den Adel voraussetzte, begriff Rechte, welche mit denen der adeligen Güter übereinstimmen, aber auch andere, welche nicht zu den letztern gezählt werden können.

Zu jenen gehört die Gerichtsbarkeit auf den einschichtigen Bauergütern, das niedere Jagdrecht auf landgerichtlichem Boden, Frohnrecht; zu diesen aber der Mannsvortheil, vermöge dessen der älteste Mannserbe einen gewissen Antheil des freien älterlichen Vermögens nach Familienverträgen oder richterlichen Bestimmungen zum Voraus fordern konnte, der Verzicht der adligen Tochter auf die väterlichen, mütterlichen und brüderlichen Erbschaften zu Gunsten der männlichen Erben, dann das Näherrecht auf landsässige Güter. (v. Kreitmeier Anmerk. zu Cod. max. T. V. tit. 22. §. 5. Spengel staatsrechtl. Versuch über die Edelmannsfreiheit in Baiern. Landshut 1808.)

§. 684 a) (M. §. 422.)

Das Wort Sattelhof ist mit Sedelhof gleichbedeutend.

Unter Sattelhöfen sind im Allgemeinen kleine Güter zu verstehen, welche von den bäuerischen Lasten ganz oder zum Theil frei, mit einer Wohnung und verschiedenen dazu gehörigen Grundstücken und Pertinenzen versehen sind. Das Wort Sattel bedeutet den ritterlichen Hof — das Wort Siedel den temporairen Aufenthalt. Sedelhof ist ein solcher Hof, wo ein Ansitz ist, sei es ein adeliger oder Bauernsitz. Die beiden Wörter werden gleichbedeutend in den Urkunden gebraucht. Im Schwabenspiegel (c. 279.) heißt es: und ist da ein Sidelhof, da der Vater auf saz und lant er einen Sun oder mehr Sun hinder im die nicht ausgestewert sind, der Sun besitzt das Ansedel: so werden auch die Wörter Sedes und Sedile für Hof gebraucht. (v. Fresne Gloss. v. Sedes, Sedile.) In einem Lehnbriefe der Familie von Rossing aus dem 16. Jahrh. heißt es: sieben Hufen Landes und ein Sattelhof.

Das Wort Sattelhof kommt nicht von Pferd, welches etwa als Lehnwaare mit dem Sattel gegeben wurde, oder von den Roßdiensten, welche von diesen Gütern hätten geleistet werden müssen; denn da die Stellung eines Ritter- oder Lehnpferdes den Lehnen gemein ist, so müßten alle Lehnhöfe, auch wirkliche adelige Rittersitze, Sattelhöfe genannt worden sein; auch wäre sonach die Benennung nichts besonderes, wie sie aber doch in der That ist. Senckenberg (Prim. lin. iur. feud. in Proleg. §. 31.) unterscheidet sattelfreie Güter von Sattellehnen, und versteht unter

erstern dienstfreie Bauergüter, welche einen Zins geben, aber auch nur servitia equestria plebeia leisten.

Hiermit stimmen überein der Ungenannte (Abh. Versuch der Bedeutung des Worts Sattelhof in Zepernick Abh. z. Lehnrecht B. 1. n. XVIII.), Haltaus (Gloss. germ. p. 1579.), v. Selchow (Elem. iur. germ. §. 159.), Püttmann (Element. iur. feud. §. 48.), Posse (a. a. O. Beitr. I. 57.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 87.). Das Gegentheil nimmt an Schmalz (a. a. O. §. 371. not., wo er sagt: Wie nichtadelige Freigüter fast allein von freien Colonisten ausgegangen sind, scheinen auch die Namen Sedelhöfe, das ist, nicht Sattelhöfe, sondern Siedelhöfe, Höfe der Ansiedler, wie in Preußen die Colmer, das ist contrahirt Coloniemeier, zu zeigen.).

§. 684 b) (M. §. 422.)

Die Sattelhöfe sind ursprünglich keine Lehngüter, wohl aber von Adeligen besessen.

Denecke (Dorf- und Landrecht Lib. 3. c. 5. §. 9.) und Gabke (Grundsätze d. Dorf- und Bauerrechts §. 135.) sind der Meinung, daß sie ursprünglich lehnbar waren, indem der Ursprung dieser Güter mit den Lehnen übereinstimme, eine Verwandtschaft mit letztern haben, die Lehne aber von den Deutschen herrühren, so sei daran nicht zu zweifeln, daß sie daher zu leiten sind. Mit Recht wird diese Meinung von Hagemann (Landwirthschaftsrecht S. 141. not. 3.) verworfen. Daß sie aber von Adeligen ursprünglich besessen wurden, ist höchst wahrscheinlich, weil denselben adelige Vorrechte, wenn gleich nicht alle, zustehen, und in frühern Zeiten der Grundsatz galt: frei Man frei Gut (Pufendorf P. I. Obs. 34. Eisenhart Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchworten 2. Abth. 2. Abschn. n. 6.), sonach ein Adeliger in einer Stadt, oder in einem auf dem Lande befindlichen Orte, welcher ihm nicht in dem Umfange zugehörte, daß er daselbst ein Hauptgut hatte, einen Wohnsitz besaß, und die ihm zustehenden Vorrechte auf denselben übertrug. Hiermit stimmen überein: Ayrer (de nobilit. bremens. §. 26.), Denecke (Dorf- und Bauerrecht L. 3. c. 5. n. 32.), Struben (Obs. iur. et hist. germ. Obs. 10.), Westphal (deut. PR. I. S. 65. §. 4.), Posse (a. a. O. Beitr. 1. S. 59.), Mittermaier (a. a. O.). Das Gegentheil nimmt der Ungenannte in d. a. g. Abh. an

(Zepernick a. a. O. S. 219.), indem bereits zu Ende des 15. Jahrh. viele Sattelhöfe im Besitz der Bürger, und zwar nicht als Afterlehne von Edelleuten, sich befunden haben; auch führt er eine braunschweig-lüneburg. Urkunde v. 1458 an. Allein diese beweist darum nichts, weil schon im 12. Jahrh. Sattelhöfe vorhanden waren (Gesenius Meierrecht B. I. S. 325.) und in der Folge der Zeit auch Bürgerliche solche erwarben. Daß aber ein Sattelhof, wenn er auch ein freier genannt wird, ein wahres Rittergut nicht bezeichnet, ist eben so gewiß: denn Sattelhöfe sind von Rittergütern wesentlich unterschieden: denn 1) sind letztere von weit größerm Werth als jene; 2) von jenen werden Reitetdienste geleistet, von diesen nicht; 3) sind jene von vielen Abgaben frei, haben viele Vorrechte, welche diesen nicht zukommen; gewöhnlich haben sie Dienstfreiheit von gewissen Gemeindelasten. Es kommt hierbei immer auf die besondere Verfassung [e]) und darauf an, ob sie von Adeligen oder Bürgerlichen besessen werden.

e) So führt Westphal im d. Privatrecht Th. I. S. 68. einen Fall an, wo ein solcher Sattelhof im Dorf Trothe von Lieferung der Stückpferde, welche Bauergüter zu liefern haben, in dem baierischen Successionskriege für frei erklärt wurde.
Carpzov P. 3. Const. 28. Def. 19., Denecke a. a. O. §. 32. nehmen an, daß sie von der Contribution frei sind.

§. 684 c) (M. §. 422.)

Die Vermuthung ist, daß ein Sattelhof von den gewöhnlichen bäuerischen Lasten frei sei.

Einige, als Denecke (Dorf- und Landrecht L. 3. c. 5. n. 111. 120.), sind der Meinung, daß, wenn der Sattelhof lehnbar, die Vermuthung sei, daß er alle adelige Gerechtsame besitze. Andere dagegen nehmen ohne Rücksicht der Lehnsqualität den Grundsatz an: daß sie überhaupt die Rechte adeliger Güter gesessen: als Cramer (Wetzl. Nebenst. Th. 6. n. 7. Th. 47. n. 2.), Struben (rechtl. Bed. B. 1. n. 3.), Pufendorf (Obs. T. IV. n. 243.), Westphal (d. Privatrecht Th. I. S. 68.). Noch Andere aber sind der Meinung, daß sie blos die Dienstfreiheit genießen, den übrigen gewöhnlichen Abgaben, z. B. der Reichspflicht, der Contributions-, Schatzpflicht, und den Hoheitsdiensten unterworfen, in so fern die Besitzer derselben keine Befreiung hiervon rechtlich erweisen können. Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 87.), Danz (a. a. O. §. 410.). Letztere Meinung ist

jedoch mit folgendem Unterschied anzunehmen. Ist der Sattelhof in den Händen der Adeligen von jeher gewesen und geblieben, so ist zu vermuthen, daß ihm auch alle Rechte eines Ritterguts zustehn; und sonach muß derjenige, welcher behauptet, daß dieses oder jenes Recht nicht mit demselben verbunden ist, solches beweisen. Wenn hingegen der Sattelhof zwar ursprünglich von Adeligen besessen, nachher aber in die Hände Bürgerlicher gekommen, so ist die Vermuthung, daß diesem Gute die Vorrechte eines Ritterguts zustehn, nicht vorhanden, sondern der Besitzer, welcher solche behauptet, muß den Beweis der Zuständigkeit führen. Uebrigens ist der Satz richtig, daß ein blos dienstfreier Sattelhof dadurch nicht adeligfrei wird, wenn er einen adeligen Besitzer erhält, und umgekehrt verliert ein adeligfreier Sattelhof seine Rechte und Freiheiten nicht, wenn er an einen unadeligen Besitzer kommt.

Uebrigens ist ein Sattelhof von einem Bauergute wesentlich unterschieden, indem 1) jener von den Herrndiensten, Hof- und Grundzins und dergleichen befreit ist, diese nicht. 2) Daß jene regelmäßig gewöhnlich nur auf die männliche Linie vererbt werden, diese auf die männlichen und weiblichen Nachkommen übergehn; 3) genießen jene gewöhnlich Schriftsässigkeit, nicht aber letztere.

§. 685. (M. §. 422.)

Der Grund der Steuerfreiheit des Adels ist in dem freien Bewilligungsrecht, daß ihre Hintersassen mit Steuern von dem Landesherrn belegt wurden und nicht in einer Compensation der schuldigen Lehndienste zu suchen.

In neuern Zeiten, wo die Steuerfreiheit des Adels entweder ganz oder zum Theil aufgehoben wurde, ist öfters der Grund gebraucht worden, daß er darum von Steuerentrichtung frei sei, weil er von seinen Gütern Kriegsdienste leiste, oder anstatt derselben die Lehnpferdsgelder entrichte. Eichhorn (Reichs- und Rechtsgeschichte B. 3. S. 240. B. 4. S. 403.). Der den Ritterdienst als Befreiungsgrund ansieht, unterstützt seine Meinung durch folgende Gründe: 1) Wenn gleich in ältern Zeiten den Adeligen an Gütern ein echtes Eigenthum zustand und dieses frei von Beten und Abgaben war, so änderte sich doch solches nach ausgebildeter Landeshoheit, indem dieses echte Eigenthum in ein ganz anderes Verhältniß gesetzt wurde; und hätte der Grund annoch gelten sollen, nachdem sich auch der echte Eigenthümer als Mitglied einer

Landesgemeinde betrachten mußte, so wäre dadurch jeder Hintersasse der Ritterschaft frei geblieben. Da sie aber diese besteuern ließ, gab sie eben selbst ihre Steuerfreiheit, so weit sie auf jenem Grundsatz beruhte, völlig auf. Hingegen von ihrer persönlichen Verpflichtung nahm sie den Grund her, von gemeinen Landeslasten das Eigenthum, das sie selbst bebaute, fortwährend zu befreien. 2) Daß die Ritterdienste als Befreiungsgrund von Steuern in der Regel angenommen wurden, beweist auch der Umstand, daß die Bauern in dem Bauernkriege zu Anfang des Mittelalters weder die Steuer überhaupt noch ihre ungleiche Vertheilung zu einem Gegenstand der Beschwerden machten. Dagegen nehmen Andere, als Ludovici (Erläuter. der goldenen Bulle Th. II. S. 1014.), Struben (Nebenstunden Th. 2. Abh. 9.), Weber (Handbuch des Lehnrechts Th. 4. S. 322.), Posse (Beitr. z. d. Recht B. 1. S. 73.), das Gegentheil darum an, weil die Lehndienste oder das dafür zu entrichtende Aequivalent mit den Steuern gar nichts zu thun habe.

Diese letztere Meinung ist wohl auch die richtigere. Der Grund der Entrichtung der Lehndienste ist der Lehnsvertrag. Das Gut wird auf den Vasallen übertragen mit der Verpflichtung zum Ritterdienst. Nach Veränderung der Kriegsverfassung, da die Naturalleistung dieser Dienste unzweckmäßig und anstatt derselben ein Aequivalent eingeführt wurde, könnte dies nicht als eine Steuer betrachtet werden. Der Grund der Entrichtung der Steuer ist der Staatsvertrag. Die Steuern entstanden vorzüglich dadurch, indem der Landesherr die Landesvertheidigung übernahm, von den Gütern der Hintersassen der Adeligen konnte er solche nur mit ihrer Einwilligung fordern, indem sie dadurch, da sie solche besteuern ließen, nicht mehr im Stande waren, so wie vorher, die gutsherrlichen Abgaben ganz zu fordern, sondern ihnen Nachlasse an Zinsen und andern Abgaben geben mußten. Daß sie bei dieser Bewilligung ihre Güter, die sie selbst bebauten, frei erhielten, war sehr natürlich.

Daß die Doctoren im Mittelalter noch andere Gründe gebrauchten, um die Steuerfreiheit des Adels zu unterstützen, ist bekannt [f]).

f) L. 3. C. de fundis limitrophis Mynsinger Observat. Cent. 6. Obs. 54. n. 8.

§. 686. (M. §. 423.)

Der Adel ist blos von den gewöhnlichen Steuern befreit.

Wenn gleich in frühern Zeiten eine allgemeine Steuerbefreiung des Adels von mehrern vertheidigt und angenommen wurde, daß er selbst von der Reichs- und Kreissteuer frei gewesen sei (Häberlin Handbuch d. d. Staatsrechts Th. II. §. 258. Reuß Staatskanzlei Th. XV. S. 210.), so wurde doch diese Meinung mit Recht von Andern (Danz Handb. Th. 4. S. 253.) verworfen. Diese Befreiung von den gewöhnlichen Steuern, welche als ein dingliches Vorrecht auf dem Gute haftet, steht aber auch dem Meyer, Erb- und Zeit-Pachter zu, und sie können nicht anders als gegen vollständige Entschädigung steuerpflichtig werden (Cramer Wetzl. Nebenst. P. VI. p. 144. 145. Posse a. a. O. S. 81.) [g]).

g) In einem Weisthum der Grafschaft Falkenstein heißt es aber: Sitzet ein Edelmann in der Grafschaft Falkenstein, der da Gut hat, das sein Eigen oder Lehn ist, wenn der dasselbe selber baut und säet, so setzt man ihm keine Beede darauf, verlandsiedelt er es aber, so setzt man darauf und auf den Landsiedel (Hert Cons. T. II. Dec. 1006. n. 4). Wenn der Adelige daher von andern, als gewöhnlichen Steuern befreit sein will, als Kriegssteuern oder Contributionen, oder wenn, um solche zu bezahlen, Kapitalien aufgenommen und zur Wiederbezahlung derselben eine Steuer ausgeschrieben wurde, so muß er den Beweis führen (Slimbeck hist. jurist. Abh. über die Steuerverf. Duisb. 1794. S. 144.).

§. 687. (M. §. 423.)

Durch unvordenklichen Besitz kann die Steuerfreiheit erworben werden.

Mehrere, als Lincker (Vol. II. Resp. 25.), Bastineller (de eo, quod iustum in praescriptione immunitatis ab oneribus publicis), Rechenberg (Diss. de vetustatis auxilio reipublicae quoad immunitates a collectis non opponendo Lpz. 1726.), sind zwar der entgegengesetzten Meinung, indem dies gegen das Beste des Staats anstieße, nachtheilig für die übrigen Staatsbürger sei, indem dadurch ihre Last vergrößert und eine Ungleichheit der Rechte entspringe, auch solches nicht undeutlich aus L. 18. C. de S. S. L. 1. C. de indictionibus L. 19. C. de decurionibus hervorgehe. Aus bessern Gründen lassen aber Andere die unvordenkliche Verjährung eintreten: Windler (Diss. Praescriptio immunitatis a tributis, praesertim quoad aerarium publicum Saxoniae impugnata Lpz. 1779.), Rave (de praescriptione §. 196.), Petschke (Diss. nova disceptatio

de immunitate praediorum in Saxonia a tributis per praesc. immemorialem adsciscenda Lpz. 1800.); vergl. Weiße Lehrbuch des S. Staatsrechts B. II. §. 237. S. 237. Nach dem Pr. LR. Th. 1. tit. IX. §. 658. tritt die Verjährung von 50 J. ein: nach dem sächs. Mandat v. 24. März 1810. Art. 2. §. 1—3. kann in Zukunft durch die Verjährung die Steuerfreiheit nicht mehr erworben werden, und der vor Erlassung des Mandats v. 24. März 1810. ausgeübte Besitz derselben schützt nur dann, wenn es bis zum 1. Jan. 1701 zurückgeführt werden kann, mit Ausnahme der Fälle unwirksamer Privilegien und eigenmächtiger Dismembrationen, welche nicht einmal durch einen Besitzstand von diesem Umfange sich rechtfertigen lassen (Haubold Sächs. PR. §. 173.).

§. 688. (M. §. 423.)

Wird die Steuerfreiheit auf adelige Güter aufgehoben, so hat der Adelige Ansprüche auf vollkommene Entschädigung.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage, ob dem Adel bei Aufhebung der Steuerfreiheit [h]) eine Entschädigung von Rechtswegen zukomme? wird sehr verschieden beantwortet, indem Einige für eine vollkommne Entschädigung sprechen (Abh. in Winkopf Rh. Bund XVII. n. 20. §. 25.); Andere solche ganz versagen, als Behr (syst. Darstellung des rh. Bundes S. 350.), noch Andere unter gewissen Einschränkungen solche Statt finden lassen. Ein Ungenannter (Floret in Crome u. Jaups Germanien B. III. Heft 1. n. 2. S. 39—83.), v. Schue (in Rh. Bund XLIX. 18.), s. a. Rullmann (Rh. B. XLIV. 270.) und Klüber (öffentl. Recht d. d. Bundes §. 407. not. i.).

So verschieden wie diese Meinungen sind auch die Bestimmungen in den Gesetzen der deutschen Bundesstaaten über die Aufhebung.

In der würtemb. Verord. v. 1823 wird bestimmt, daß die Entschädigungsansprüche wegen entzogener Steuerfreiheit zur gerichtlichen Erörterung und Entscheidung nicht gehöre. In der frühern bai. Verord. v. 8. Juni 1807. (Regierungsblatt 1807. S. 969.) ist von einer Entschädigung keine Rede, da aber in der deutschen Bundesacte Art. 14. bestimmt ist, daß die Standesherren für die privilegirteste Klasse insbesondere in Ansehung der Besteurung angesehn sein sollen, so folgte in der Verfassungs-

Urk. B. IV. §. 53. die Bestimmung, daß den Standesherren zur Entschädigung entweder eine beständige Rente, welche den dritten Theil des Betrags der ordentlichen Grundsteuer, Haussteuer und Dominikalsteuer von ihren vormaligen reichsständischen Besitzungen gleich kommt, bei einem königl. Rentamt angewiesen werden soll, oder es soll von den Schulden, welche denselben bei der Abtheilung zugewiesen sind, ein mit 20 erhöhtem Kapitalstock einer solchen Rente gleichkommender Antheil auf die Staatscasse übernommen werden. Diejenigen, welche die Aufhebung der Steuerfreiheit ohne weitere Entschädigung für rechtmäßig erachten, führen zur Unterstützung Folgendes an: Jeder Souverain sei berechtigt, die Steuerfreiheit aufzuheben, indem da, unter Voraussetzung einer richtigen Besteuerung, jede dem einen Staatsgliede abgenommene Steuerlast nothwendig den übrigen Staatsgliedern zur Last fallen müsse, und dadurch die formale Gleichheit des Rechts verletzt werde, sonach eigentlich nie ein Regent auf eine zu Recht beständige Weise Jemandem ein Steuerprivileg ertheilen, oder gewisse Besitzungen von Steuern frei belasten könne; und wenn dennoch der jetzige Regent aus besonderer Einsicht der Rechtsgleichheit solche Steuerbefreiung zurücknimmt oder aufhebt, so sei dies nur eine Aufhebung einer ungerechten Belästigung der übrigen Staatsglieder, eine Repartition des letztern zugefügten Unrechts, wozu er nicht nur berechtigt, sondern auch selbst verpflichtet sei. Da ferner jedes Staatsmitglied ohne Ausnahme für den ihm vom Staate werdenden Schutz verhältnißmäßig beizutragen verbunden sei, und alle ein Recht darauf hätten, daß jedem von ihnen nur der, nach einer gerechten Vertheilung der erforderlichen Totalsumme auf alle, ihn rechtlich treffende Antheil abgefordert werde, so könne eigentlich gar keiner ein Recht auf Steuerfreiheit haben, weil jene Rechte aller übrigen mit jenem Rechte eines solchen Einzelnen nicht bestehen könnten, und wenn demnach die Staatsgewalt durch pflichtmäßige Aufhebung solcher bisher widerrechtlich gestatteten Steuerfreiheiten Einzelner, eigentlich nur das Nichtstattfinden eines solchen vermeintlichen Rechts ausspräche, so sei auch nicht einmal ein Rechtsgrund zu einem Anspruch auf Entschädigung von Seiten jener erfindlich, denen jetzt ihr Steuerprivileg entzogen werde, weil auch diese Entschädigung wieder nur auf ungerechte Kosten der übrigen Staatsglieder geleistet werden könnte, und weil durch jenen Anspruch jene Einzelnen blos zur Erfüllung einer Pflicht angehalten

würden, der sie sich rechtlich nie hätten entziehn können und sollen, demnach sie sehr froh sein müßten, wenn man ihnen nicht einen nachträglichen Ersatz der ihrer Seits widerrechtlich bisher vorenthaltenen Steuerbeit ge abfordere.

Der gelehrte Behr schrieb dies 1808, würde er wohl so nach Erscheinung der Bundesacte geschrieben haben?

Daß der Grundsatz der allgemeinen Theilnahme an Staatslasten gerecht, im Wesen des Staatsverbandes gegründet sei, fließt evident aus der Verbindlichkeit eines jeden Staatsbürgers, die ihm der gemeinschaftliche Genuß seiner persönlichen Sicherheit und des öffentlichen Schutzes seines Eigenthums mit den übrigen Staatsbürgern auferlegt; sonach können die Befreiungsvorrechte bei der ganz veränderten innern und äußern Lage der Dinge nicht mehr bestehn, und es ist unverkennbare Pflicht des Staats, solche aufzuheben. Allein daraus folgt nicht, daß die Aufhebung ohne alle Entschädigung für den Berechtigten erfolgen müsse. Freilich wenn, wie Behr meint, diese Befreiung auf ein Privilegium sich gründe und höchst ungerecht sei, so kann freilich der Berechtigte keine Ansprüche auf Entschädigung machen, wenn aber nun geschichtlich feststeht, daß diese Befreiung sich durchaus nicht auf ein Privilegium stützt, und daß sie durchaus nicht unrechtmäßig gewesen sei, indem die Rittergutsbesitzer von ihren Eigenthumsrechten einen Theil noch leisten, und dafür auch eine Entschädigung haben mußten, so fallen alle Gründe, die dagegen angeführt werden, in ihr Nichts zurück, und höchst lächerlich ist es, wenn sogar angeführt wird, daß die Steuerbefreiten zu einer Entschädigung verpflichtet werden könnten, welches auch dann nicht Statt finden könnte, wenn die Befreiung sich auf ein Privilegium stützte. So ungerecht es ist, Frohnden, Zehnden ohne Entschädigung des Berechtigten aufzuheben, oder den Lehnnexus durch einen Federstrich zu vertilgen, so ungerecht ist es, die wohlerworbene Steuerbefreiung des Adels ohne eine Entschädigung aufzuheben, welches auch humane Regierungen eingesehn haben.

h) Die Aufhebung erfolgte in Hessen, Herz. Nassau, Sachsen-Coburg, Würtemberg, Weimar, Eisenach, Baiern, Mecklenburg, Königreich Sachsen, Baden, in dem ehemaligen Königreich Westphalen, Altenburg (wo die Ritterschaft freiwillig derselben entsagte), so auch im Fürstenthum Lippe. S. Klüber a. a. O. not. k.

§. 689. (M. §. 423.)

Die Prinzessinnensteuer kann von den Unterthanen nur vermöge besonderer Verträge oder des Herkommens gefordert werden.

Wenn gleich mehrere, als Göbel (de iure et iudicio rusticorum fori germ. c. 3. §. 23.), Gabke (Grundsätze des Dorfrechts §. 313.), behaupten, daß die Unterthanen zur Aussteuer der Prinzessinnen des Regentenhauses, welche gleichsam als Kinder des Staats zu betrachten sind, einen Beitrag geben müssen, auch durch die Verheirathung wesentliche Vortheile für den Staat entstehn können, so wird doch mit Recht von Andern, als Ledderhose (kleinere Schriften B. 1. n. 1.), Westphal (Staatsrecht 209.), Krause (Abh. aus dem Staatsrecht 194.), R. h. Bund (XIX. 89.), Wiese (Diss. de origine et iure collectorum provincialium ad elocandas filias illustres. Rost. 1791. §. 7.), Danz (Handbuch d. d. PR. B. 6. §. 588.), solches verworfen. Denn 1) ergiebt sich aus der Geschichte, daß in frühern Zeiten die Vasallen, welche zu Hof- und Ehrendiensten verpflichtet waren, bei Verheirathung der Tochter des Lehnsherrn Geschenke machten, diese Sitte fortdauerte und nachher auch auf Unterthanen und Schutzverwandte sich erstreckte. Auf den Landtagen, wo so gern die Landstände Lasten von sich abzuwenden und auf die Unterthanen zu bringen suchten, bewilligten sie auch gern bei Verheirathungen der Prinzessinnen eine Steuer. Nach Einführung des römischen Rechts wurde es immer gewöhnlicher, die Prinzessinnensteuer als eine Zubehör des Brautschatzes anzusehn. Alles beruhte aber auf dem Herkommen; die Reichsgesetze enthalten keine Bestimmungen darüber, daher auch die reichskammergerichtlichen Erkenntnisse sehr variiren (de Ludolf. Obs. 98., v. Cramer Nebenstunden Th. 41. S. 100., Moser Staatsrecht Th. 19. S. 551.).

2) Von den Gesetzen und Gewohnheiten eines Landes läßt sich nicht auf die eines andern schließen. So war sie schon frühzeitig im Fürstenthum Calenberg 1367, in Baiern 1322, in der Mark Brandenburg 1422, im Mecklenburgischen 1376, 1385, in Pommern zu gleicher Zeit, im Würtembergischen seit 1565, in Oesterreich im 16., im Anhaltinischen und Pfalzzweibrücken im 15. Jahrh. eingeführt. (Wiese a. a. O. §. 9—11.) In dem pr. Staate

ist sie noch jetzt durch das Herkommen begründet (Gesetzsamml. v. 1822. Nr. 15. S. 189.), eben so in Weimar-Eisenach (Schweitzer öffentl. Recht desselben Th. 1. S. 47.), in dem Herz. Braunschweig-Lüneburg sind 20,000 fl. in den Privilegien der Landschaft 1770. Art. 25. dazu bestimmt; dagegen ist in dem Königreich Sachsen die Steuer nicht begründet (Weiße Staatsrecht d. K. Sachsen Th. 1. §. 42.). Gewöhnlich ist in Familiengesetzen des Regentenhauses die Größe festgesetzt (K. bai. Familiengesetze Tit. VI. §. 8., wonach das Heirathsgut 100,000 fl. beträgt), und wird von dem Etat des Regentenhauses, der im Budget bestimmt ist, bestritten (Bai. Finanzges. v. 1832. Beil. VII., wonach derselbe 3,005,000 fl. beträgt.

Aus allem diesen ergiebt sich, daß keine Gleichförmigkeit in Rücksicht dieser Steuer vorhanden ist; der Geist der Nachahmung wirkte wohl auf die Fürsten, aber nicht im gleichen Grade auf die Landstände und Unterthanen.

3) Die Dotation der Töchter des Landesherrn kann nicht zu den wesentlichen Regierungsrechten gezählt werden. Die Unterthanen sind verbunden Steuern und Abgaben zur Bestreitung der Staatsbedürfnisse zu geben, die Dotation der Prinzessinnen kann aber nicht unter diese Kategorie gebracht werden.

Bestritten war auch die Frage: ob die Töchter der apanagirten Prinzen auf die Brautsteuer Ansprüche zu machen berechtigt? welche Klock (de contribut. C. VIII. n. 24.), Cothmann (Consil. T. IV. c. 3. 4.) verneinen; Moser (Staatsrecht Th. 20. S. 145—152.) aber bejaht. Dann: ob den Enkelinnen der Landesherren, ihr Vater mag Erbprinz sein, oder gewesen sein, dieses Recht zugestanden? welche Frage Struben (rechtl. Bedenken Th. IV. B. 138.) darum bejaht, weil nicht nur die Kinder, sondern auch die Enkelin sich in der Gewalt des Fürsten befinden; die aber von Andern, als Weiße (a. a. O. §. 15.) und Danz (a. a. O. S. 315.) verneint wird.

§. 690. (M. §. 424.)

Ueber den Ursprung der Landstände läßt sich mit historischer Treue wenig bestimmen.

Ueber den Ursprung der Landstände sind die Meinungen der Rechtsgelehrten und Geschichtsforscher sehr getheilt [i]).

Einige nehmen das 12. Jahrhundert an, als Fischer (Geschichte des Despotismus in Deutschland S. 135.), Häberlin (Handbuch B. II. S. 30.), Andere das 13. Jahrhundert, als Oesterreicher (Denkwürdigkeiten der Staatenkunde Deutschlands B. 1. Heft 1. n. 1.), Rheinischer Bund (Heft XXVI. 268.), noch Andere das 15. Jahrh., Moser (a. a. O. 347. patriot. Phantasien Th. IV. n. 5.), Kluit (colleg. dipl. hist. c. 14.), Posse (über das Staatseigenthum in den d. Reichslanden 197.) und Lang (a. a. O.). Nur die Geschichte der einzelnen Staaten kann hierüber die nähere Bestimmung geben [k]).

Anmerk. Die Landstandschaft des Adels ist früher als ein persönliches Vorrecht betrachtet worden, jetzt ist es nach den meisten Gesetzen dinglich. S. §. 87. des 1. Th. d. Polemik.

i) Moser von der Reichsstände Landen S. 347. Struv vom Ursprung, Unterschied und Gerechtsamen der Landstände in Deutschland, besonders in Mecklenburg, von C. J. (Jargow) Hamb. 1741. Pütter Beiträge I. 107. Häberlin Grundlinien einer Geschichte der d. Landstände im Schlözer Staatsanz. Heft 67. S. 265. Ebend. Handb. d. d. Staatsrechts B. II. §. 197. Lang Prüfung des vermeintl. Alters der Landstände Gött. 1796. Lotz staatswirthsch. und jurist. Nachrichten. 1. Jahrg. 1. B. Heidelb. 1799. Nr. 27—30. Hartmann über den Ursprung und das Verhältniß der Landstände. Nürnb. 1805. Hüllmann Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschl. Th. III. Ab. 10. Brendel die Geschichte, das Wesen und Werth der Nationalrepräsentation. Bamb. 1817. v. Rotteck Ideen über Landstände. Karlsruhe 1819.

k) S. Klüber öffentl. R. §. 281. n. f. wegen Baiern. Weber Diss. I. und II. de vera ordinum provincialium tum in germania generatim, tum speciatim in Bavariae ducatu epocha recte const. Lpz. 1797. Panzer Versuch über den Ursprung und den Umfang der landständischen Rechte in Baiern 1798. 1799. Rukkardt Geschichte der Landstände in Baiern. Heidelb. 1819.

§. 691. (M. §. 424.)

Die Einquartierungsfreiheit ist als ein dingliches, doch beschränktes Vorrecht des Adels anzusehn.

Daß den adeligen Gutsbesitzern die Einquartierungsfreiheit überhaupt zustehe, ist keinem Zweifel unterworfen, denn in ältern Zeiten war der Adel selbst der Vaterlandsvertheidiger und er that als Ritter Kriegsdienste. Seine Wohnung trug daher gleichsam eine beständige Einquartierung. Daher entstand zuerst die Befreiung von der Einquartierung auf den Wohnsitzen des Adels, welche in der Folge durch Gesetze und das Herkommen mehr befestigt wurde. Es ist sonach diese Befreiung überhaupt anzunehmen, und der, welcher behauptet, die Quartierfreiheit komme dem

Adeligen nicht auf seiner Burg oder Rittersitz zu, hat den Beweis zu führen. Doch sind Einige der entgegengesetzten Meinung, als Pufendorf (**Obs. III. obs. 190.**), Eisenhart (**in Pr. de immunitate praedior. equest. a metatis eiusque ratione et indole. Helmst. 1797.**).

Diese Freiheit ist sonach beschränkt, indem sie dem Adligen blos da zusteht, wo er sich aufhält, dann indem sie sich blos auf die ordentliche und gewöhnliche Quartierlast bezieht. Wenn daher in Kriegszeiten feindliche oder verbündete Truppen Quartier, Verpflegung, Kriegs- und Magazinfuhren begehren, wo jedes Mitglied des Staats, welches fähig ist, die gemeine Last zu übernehmen, verpflichtet ist, so ist solche der Adelige um so mehr mit zu tragen verbunden, als der Freund oder Feind in solchen Fällen auf die Privilegien und Vorrechte der Prälaten und Ritterschaft keine Rücksicht zu nehmen gewohnt ist, und dergleichen feindliche Forderungen nach der Natur feindlicher Contributionen und andere Kriegslasten beurtheilt werden müssen.

Mag man die Einquartierung als eine Reallast oder als Personallast betrachten (§. 317.), so ist der Adelige unter der angegebenen Beschränkung von der Einquartierung frei, d. h. er braucht weder Dach noch Fach, noch Beköstigung den Soldaten zu geben (Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 184. S. 327.).

§. 692. (M. §. 426.)

Nicht alle dinglich-adelige Vorrechte können von Pächtern, Pfandgläubigern der Güter ausgeübt werden.

Wenn gleich die Rechte auf dem Gute haften, und sonach auf jeden Besitzer übergehn, so kann dennoch ein Meier, Zeit-Erb-Pachter und Pfandgläubiger nicht auf alle Ansprüche machen. Einige sind der Meinung, daß diese Rechte denselben im Allgemeinen zustehn, als Lobethan Recht des Landsassischen Adels §. 62. Andere wollen die Ausübung dem Pachter u. s. w. nicht gestatten, als Pufendorf (**Tom. III. Obs. 39.**), Ludolf (**Obs. for. 314.**), Struben (Rechtl. Bedenken B. 1. Nr. 11. s. a. §. 686. not. f.). Nach der richtigern Meinung, die Posse (a. a. O. S. 80.) und Hagemann (Landwirthschaftsr. §. 185.) vertheidigen, ist aber zwischen affirmativen und negativen Rechten zu unterscheiden. In Hinsicht der affirmativen ist, ohne Rücksicht auf ihre persönliche oder dingliche Beschaffenheit, darauf

zu sehn: ob das Hauptgut jemandem mittelst eines dinglichen Rechts, wie bei dem Pfande, oder durch ein persönliches, wie bei dem Pacht, übertragen ist, oder ob nur einzelne Theile desselben Meierhöfe, Erbpachte: im erstern Fall sind es entweder rentirende Ausflüsse des an einem Gute zustehenden Eigenthums, z. B. Jagd, Gerichtsbarkeit, oder nicht z. B. Landstandschaft. Die Rechte der erstern Art kann der Pfandgläubiger, Pachter u. s. w. ausüben, weil sie durch die in Anschlag gebrachte Einträglichkeit von dem Ueberlasser benutzt werden, und dies zwar selbst in den Ländern, in welchen sie auf den bürgerlichen Gutserwerber nicht übergehn; die Rechte der letztern Art aber behält der Eigenthümer selbst zur Ausübung, wie die Landstandschaft bei verpachteten Gütern, oder sie ruhen einstweilen, welches mit der Landstandschaft dann der Fall ist, wenn die Landtagsstimme nur von dem Eigenthümer in Person geführt werden darf. Wenn nur einzelne Stücke des Guts andern überlassen sind, so kann der Besitzer keine Ansprüche auf diese Rechte machen. Was die negativen Rechte betrifft, so hängt alles von der besondern Landesverfassung ab; bestimmt diese nichts, so muß darauf Rücksicht genommen werden, von welchen Rechten die Immunität verlangt wird. Sind es Realsteuern und ist das Grundstück nach der Steuercatastraiion von denselben befreit, dann bleibt es so lange bei diesem Vorzuge, bis ihn der Eigenthümer ohne Nachtheil eines Dritten aufgiebt, mithin können Pachter ꝛc. steuerfreier Grundstücke durch gutsherrliche Steuerbewilligung anders nicht, als wenn sie völlig entschädigt, steuerpflichtig werden: wenn es hingegen persönliche Verbindlichkeiten und Lasten sind, Erwerbssteuer, so können denselben diese Personen sämmtlich unterworfen sein, oder unterzogen werden. Wenn die Zollfreiheit dem Rittergute anklebt, und nicht auf den Fall eingeschränkt ist, wenn der Edelmann selbst das Gut bebaut, so geht solche auf den über, der das Gut sammt diesem Vorzug gepachtet hat, und wird es zerstückelt und einzelnen Meiern überlassen, so behalten sie alle die Zollfreiheit (Schraders Handbuch d. Schleswig-Holst. Rechts Th. I. S. 41.).

§. 693. (M. §. 427.) *)

Es ist die Vermuthung, daß dem adeligen Gutsbesitzer die Bierbrauereigerechtigkeit zustehe.

Einige sind der Meinung, daß, nachdem die Bierbrauerei eine bürgerliche Nahrung geworden [1]), den adeligen Gutsbesitzern die Befugniß entzogen worden, die Bierbrauereigerechtigkeit uneingeschränkt auszuüben, und denselben blos die Befugniß das Kesselbier oder zu eignen Bedürfnissen das Bier zu brauen, zustehe; wollten sie aber die freie Ausübung des Bierbrauens in Anspruch nehmen, so müßten sie beweisen, sich entweder im unvordenklichen Besitz zu befinden, oder ein landesherrliches Privilegium erhalten zu haben. Tabor (de iur. cerevis. c. 3.), Hert. (Vol. II. Dec. 573. n. 1.), Riccius (vom Adel P. 2. c. 28. §. 5. S. 449.), v. Selchow (Elem. iur. ger. §. 288.), Eisenhart (Stadt- und Bürgerrecht §. 221.) Allein mit Recht wird von Andern das Gegentheil angenommen. Mosham (Bierbrauerrecht §. 49.), Struben (Nebenst. Th. 3. Abth. 19. §. 3—9.), Weber (über Rittergüter §. 21.), Kleins (Annalen der Gesetzgebung B. 19. S. 114.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 202.), Danz (Handbuch d. d. PR. B. 4. S. 260.) Denn 1) die Befugniß, Bier zum eigenen Gebrauch zu brauen (Kesselbier), ist ein in der natürlichen Freiheit enthaltenes Recht, sonach einem jeden zustehend (obgleich Schröfer de iure braxandi P. V. c. IV. n. 38. ohne Grund das Gegentheil annimmt). Es würde daher, wenn man nur diese Befugniß dem Adel gestatten wollte, kein Vorrecht vorhanden sein. Nach dem sächsischen Recht ist dieses Recht, die Kesselbrauerei, beschränkt, wird den Rittergutsbesitzern aber gestattet ohne Nachweis des Erwerbstitels (Mandat v. 21. Febr. 1827. §. 1. Haubold a. a. O. §. 446 b.).

2) Hat der Adel auf seinen Gütern dieses Recht von jeher ausgeübt; nachdem nach und nach bei Ausbildung der städtischen Verfassung das Bierbrauen zu einem besondern Zweig der bürgerlichen Nahrung gemacht, und die Landespolizeigewalt die Städte in Rücksicht dieses Nahrungszweiges besonders begünstigte, so wurde die Befugniß des Adels dadurch nicht aufgehoben. Auch ist kein allgemeines Gesetz vorhanden, welches den Städten ausschließ-

*). Wegen der Jagdgerechtigkeit, als ein Vorrecht der Rittergüter, s. §. 427. d. 2. Th. der Polemik.

lich die Befugniß, Bier zum feilen Verkauf zu brauen, beilegt. Wenn daher eine Stadt ein ausschließliches Recht gegen den Rittergutsbesitzer in Anspruch nimmt, so hat sie den Beweis zu führen m). Der Adelige, der diese Befugniß ausübt, bleibt der landesherrlichen Polizeigewalt untergeordnet, und muß sich genau nach den vorhandenen Brauordnungen richten (v. Berg jurist. Beobachtungen B. 3. S. 469.).

Daß in mehrern Landesgesetzen und besondern Verordnungen das Gegentheil enthalten ist, entkräftet jene Behauptung um so weniger, da auch mehrere Verordnungen angeführt werden können, worin der Grundsatz angenommen ist (v. Selchow a. a. O. not. 6.).

l) s. Polemik §. 172.
m) Von der Zulässigkeit possessorischer Rechtsmittel Hansen (Praes. Biener) utrum possessorium sp. et ordinarium in iure coquendae et vendendae cerevisiae obtineat Lps. 1800. Haubold sächs. Privatrecht §. 444.

§. 694. (M. §. 427.)
Das Recht, Wirthshäuser anzulegen, steht den Rittergutsbesitzern nicht zu.

Zur Anlegung der Wirthshäuser wird 1) eine besondere Concession von Seiten der Staatsregierung erfordert, theils damit die Reisenden wissen, wo sie eine öffentliche Sicherheit zu genießen haben, theils damit durch Anlegung zu vieler Wirthshäuser ein Wirth dem Andern nicht in seiner Nahrung Abbruch thue (Riccius Spicilegium iur. germ. p. 409., Scheid de cauponarum origine et iure et magistratuum in iis condendis cura. Gött. 1739., Klüber öffentl. Recht §. 462.). 2) In der den Rittergütern gewöhnlich zustehenden gutsherrlichen Gerichtsbarkeit (Patrimonialgerichtsbarkeit) ist diese Befugniß nicht begriffen. Denn wenn gleich in der Patrimonialgerichtsbarkeit die Polizeiaufsicht über die Wirthshäuser enthalten ist, so läßt sich doch kein Schluß dahin machen, daß nun auch die Befugniß zur Anlegung darunter begriffen sei. Wenn daher der Rittergutsbesitzer dieses Recht nicht besonders durch Privilegium oder unvordenklichen Besitz erworben hat, so läßt sich im Allgemeinen solches nicht annehmen (Fischer Cameral- und Polizeirecht Th. III. §. 596.). Hiermit stimmen überein: Pütter (Rechtsfälle Th. I. S. 775.), Quistorp (rechtliche Bemerkungen B. 1. n. 8.), Schmid (Abhand-

lungen v. pract. Rechtsmat. B. 1. n. XVI., welcher noch bemerkt, daß die Wirthschaftsgerechtigkeit zu den sogenannten Ehehaften gehöre: wie auch im **Codex Maximil. bav.** Th. II. C. 8. §. 17. bestimmt ist, wo es heißt, desgleichen werden die sogenannten vier Ehehaften, nehmlich Schmidt=, Mühl=, Beed= und Taferngerechtigkeit weder auf dem Seinigen noch auf dem Fremden andergestalt als durch landesfürstliche Concession oder Verjährung von unvordenklicher Zeit erlangt. Letzteres ist in der Verordnung v. 20. Dec. 1799. aufgehoben, indem die Wirthschaftsgerechtigkeit eine besondere Concession voraussetzt (Reg.=Bl. 1805. S. 733.). Auch ist dieser Grundsatz in den neuern Gesetzen angenommen. So bestimmt unter andern die bai. Verfassungsurkunde Beil. VI. §. 90. den Patrimonialgerichten stehen nicht zu, sondern sind den Landgerichten vorbehalten f) alle Gewerbsverleihungen ohne Unterschied, rücksichtlich welcher die Patrimonialgerichte die angebrachten Gesuche blos zu instruiren haben.

Dagegen aber behaupten Andere, daß das Recht, eine Gast- und Schenkgerechtigkeit anzulegen, kein Hoheitsrecht sei, als Pütter (Rechtsfälle B. 2. Th. 4. S. 1061.). Noch Andere unterscheiden: ob in einem Lande dieses Recht zu den Kammerregalien gehöre oder nicht, in jenem Falle konnten die Ritterguts-besitzer darauf keine Ansprüche machen, wenn ihnen auch die Patrimonialgerichtsbarkeit zustände, wenn sie es nicht durch Belehnung, Privilegium, erweisliches Herkommen oder andere gültige Rechtstitel erworben hätten; in dem letztern Falle stände es ihnen, wenn sie die Patrimonialgerichtsbarkeit besäßen, zu, indem die Krug- und Schenkgerechtigkeitsverleihung als ein Zubehör derselben zu betrachten sei. Die bloße Gutsherrschaft oder adelige Freiheit und Canzleisässigkeit eines Güts sei aber nicht hinreichend: Bülow und Hagemann (Erört. B. 3. n. 49.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 214.), Danz (Handbuch B. 4. §. 417.).

Anhang.

Von der Patrimonialgerichtsbarkeit

---

§. 695. a

Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist deutschen Ursprungs.

Molinäus (in consuet. Paris. §. 2. gl. 4. n. 9.) ist der Meinung, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit, d. i. diejenige Art der abgeleiteten Gerichtsbarkeit, welche als Patrimonialrecht erworben wird, schon den Römern bekannt gewesen, sich stützend auf die Nov. 80. c. 2., wo es heißt: si vero forsan cum insiterint auditores litis aut agricolarum domini, qui a nobis sunt iudices constituti, ut litigantes aut observantes liberent. Allein diese Meinung ist ganz verwerflich, denn

1) die obrigkeitlichen Personen, welche die Gerichtsbarkeit ausübten, thaten dies blos verwaltungsweise. Die Ausübung geschah nicht im eigenen, sondern im Namen des Staats.

2) Aus der angeführten Novelle kann keine Eigengerichtsbarkeit des Gutsherrn über seine Unterthanen gefolgert werden. Denn die Worte qui a nobis sunt iudices constituti sind nicht auf die vorhergehenden agricolarum domini zu beziehn, sondern in einem getrennten Sinne zu nehmen, und beziehn sich auf die von Justinian bestellten Richter, vor welchen die Prozesse zwischen den Gutsherrschaften und ihren Bauren summarisch und ohne Weitläuftigkeit verhandelt werden sollten. Molinäus wurde schon von Herold (rerum quotid. quaest. L. I. c. 7.) widerlegt.

Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist deutschen Ursprungs und bei allen Nationen germanischen Ursprungs vorhanden (Miller Aufklärungen über Ursprung und Fortschritte des Unterschieds der Stände und des Ranges in Hinsicht auf Cultur und Sitten bei den vorzüglichsten Nationen.). Sie war nicht nur in Deutschland überhaupt [n]), sondern auch in Dänemark, Schweden, Italien, Preußen, Liefland, Curland, Frankreich, den Niederlanden, der Schweiz, selbst in Rußland (Voß Rußland beim Anfang des 19. Jahrh. Th. I. Lpz. 1802. S. 381.) ausgebreitet; nur in England konnte sie keine Wurzel fassen, indem ihr die charta magna einen ewigen Damm vorsetzte. In neuern Zeiten, wo die Nachtheile eingesehn

wurden, die schädlichen Folgen, welche sie bewirkte, wurde sie entweder ganz abgeschafft oder aufgehoben (§. 696. f.).

n) Sie war schon frühzeitig vorhanden, im 13. und 14. Jahrh. wurde sie aber mehr ausgebildet, und von dieser Zeit kommen viele Verleihungsurkunden vor. Der Herzog Otto verlieh 1311 die Hofmarksgerichtsbarkeit den Prälaten und Rittern. Lunig Collectio nova Tom. I. p. 567. Daraus aber, daß erst zu dieser Zeit Verleihungsurkunden vorkommen, läßt sich noch nicht schließen, daß sie nicht schon frühzeitig vorhanden gewesen sei.

§. 695. b

Die Patrimonialgerichtsbarkeit hat mit der Lehnsgerichtsbarkeit gleichen Ursprung: es ist zwischen dem historischen und rechtlichen Grund zu unterscheiden.

Hoppenstedt (in den Noten zu Böhmer Princip. iur. feud. §. 223.) bemerkt ganz richtig: in disputationibus super iurisdictionis feudalis fundamento, uti in disputationibus super fundamento iurisdictionis patrimonialis in genere, non satis, uti quidem videtur, distinxerunt viri docti, inter causas quae iurisdictioni feudali occasionem dederunt, sive ut sic dicam inter fundamentum historicum et inter fundamentum quod ex principiis iuris publici tum universalis tum germanici in specie pro vero haberi possit. Will man daher gründlich zu Werke gehn, so muß der historische von dem rechtlichen Grund, und dort wieder der entferntere von dem nächsten unterschieden werden.

Die Meinungen über den Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit sind nun sehr getheilt.

Einige, als Heineccius (Diss. de origine atque indole iurisd. patrim. 1734.), Gräfe Diss. inaug. de iuribus praecipuis et singularibus iurisd. patr. Lps. 1730.), Kopp (von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in den fürstl. hessenkasselschen Landen 1769. Th. I. S. 249.), Hymens (Beiträge z. jurist. Literat. B. 1. S. 215. not. 6.), v. Senckenberg (von der kais. Gerichtsbarkeit in Deutschl. §. 1.), Runde (Grundsätze d. d. PR. §. 702.) u. m. a. (s. Malblanc conspectus rei iudiciariae rom. germanicae) sind der Meinung, daß sie aus der Leibeigenschaft herzuleiten sei. Die herrschaftliche Gewalt, welche den adeligen Gutsbesitzern über ihre Leibeigenen zugestanden, habe denselben zu der Zeit, wo die Selbsthülfe in Deutschland erlaubt gewesen, die Befugniß ertheilt, sich selbst

durch Strafen und Zwangsmittel zu dem zu verhelfen, was sie von ihren Hintersassen zu fordern gehabt. Diese ehemalige Gewalt sei, nachdem in Deutschland verbessertes Justizwesen, in eine förmliche Gerichtsbarkeit verwandelt worden, welche von ihrer Veräußerlichkeit mit dem Patrimonium Patrimonialgerichtsbarkeit genannt worden. Zu dieser Veränderung hätte vorzüglich veranlaßt die anwachsende Macht des begüterten Clerus, die Ausbreitung der städtischen Verfassung, die Einführung der Söldnermiliz, die veränderte Gestalt der Reichs- und Territorialverfassung, die Verbreitung der fremden Gesetze. Sie sei schon frühzeitig vorhanden gewesen, wie sich aus dem **Capitulare de villis c. 4.** [o]) und **Lex burgund. Tit. 7.** [p]) ergebe. Es sei übrigens die Vermuthung, daß sie jedem Rittergutsbesitzer zustehe.

Allein diese Meinung ist ganz ungegründet: denn

1) schloß der Zustand der Leibeignen die Gerichtsbarkeit aus. Die Erhaltung der Zucht und Ordnung über die Leibeignen setzt so wenig eine Gerichtsbarkeit auf Seiten des Gutsherrn voraus, als auf Seiten des Hausvaters über sein Gesinde. Die herrschaftliche Gewalt gab dem Gutsbesitzer blos das Recht zum Dienstzwang, welcher von der Patrimonialgerichtsbarkeit ganz verschieden ist: es ist unerweislich, daß die Gutsherrn die Befugniß gehabt, ihre Hintersassen vor Gericht zu laden, und Streitigkeiten, welche sie mit Fremden hatten, zu entscheiden. In dem ang. **Capitulare de villis** ist nicht die Rede von einer Gerichtsbarkeit des Beamten über die auf dem Hofe befindlichen Leibeignen, und noch viel weniger über andere bloße Schutzbehörige. Das Gesetz spricht blos von Züglingsrecht des Leibherrn und dessen Recht über Leben und Tod, das freilich eintreten konnte, und jedem Leibherrn zustand, wenn er selbst verletzt war. Bei Verletzungen eines Dritten durch einen Leibeignen trat der ordentliche Richter immer ein, wie sich dies aus den Gesetzen ergiebt. Ganz unrichtig wird die a. g. Stelle der **Lex burg.** auf die Patrimonialgerichtsbarkeit von Heineccius bezogen (Eichhorn Reichs- und RG. §. 86. not. a.).

2) Da nicht anzunehmen ist, daß sich die Leibeigenschaft über ganz Deutschland ausgebreitet hat, so würde daraus, wenn man jenen Grund annehmen wollte, folgen, daß an den Orten oder in den Ländern, wo die Leibeigenschaft nicht vorhanden war, auch keine Patrimonialgerichtsbarkeit vorgekommen, allein eben in diesen Provinzen findet sich solche, dagegen bezeugen Urkunden,

daß da, wo die Leibeigenschaft vorhanden, den Rittergutsbesitzern solche nicht zustand (Eichmann Erklärung d. bürgerl. Rechts Th. 4. S. 365.).

3) Würde daraus folgen, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit sich blos auf die Leibeignen bezogen habe, welches aber doch nicht ist. In den Formeln Marculfs wird schon von freien Leuten gesprochen, welche unter der Gerichtsbarkeit der Stifter oder adeligen Gutsherren standen. Karl der Gr. sagt in einer Urkunde v. 771. (bei Marculf **Tom. I. collect. 11.) praecipientes iubemus ut nullus iudex publicus — homines ipsius ecclesiae et monasterii ipsius morbacensis tam ingenuos quam servos, et qui super eorum terras manere.**

4) Daß das bloße Eigenthum oder Obereigenthum die Patrimonialgerichtsbarkeit nicht begründete, beweisen mehrere Beispiele großer Länderbesitzer, die solche nicht hatten: wozu würden auch besondere Verleihungen nothwendig gewesen sein, wenn jeder Inhaber größerer Güter an sich schon die Gerichtsbarkeit besessen hätte?

Sehr richtig bemerkt Eichhorn (Reichs- und RG. §. 303. not. e.): Schon das Sächs. Landrecht B. 1. Art. 55. sagt: „alle weltliche Gerichte haben ihren Anfang von Cur. Darum mag kein Mann Richter seyn von gesetzten Rechten, sondern er soll seyn ein erwählter oder belehnter Richter." Mithin kann die sogenannte Patrimonialgerichtsbarkeit, in so fern man darunter eine wahre Civil- oder Criminalgerichtsbarkeit, und nicht die Eigengerichte versteht, nicht, wie die meisten Juristen annehmen, als eine bloße Folge des Guts und Leibherrschaft angesehn werden. Deutlich läßt sich die Grundlosigkeit dieser gerühmten Hypothese aus dem Landbuche der Mark Brandenburg darthun, in welchem über den Besitz der Gerichte in den Dörfern, die nicht unter die landesherrliche Vogtei gehörten, keine Regel aufgestellt, sondern bei jedem einzelnen Orte besonders angegeben wird, wer das Gericht habe. In den meisten Dörfern waren damals noch mehrere Gutsherrschaften, die ihr Erbe selbst bebauten oder durch freie oder unfreie Hintersassen bauen ließen. Wäre nun die Gerichtsbarkeit über diese ein Ausfluß der Gutsherrschaft gewesen, so hätte doch jedem Gutsherrn wenigstens die niedere Gerichtsbarkeit zustehn müssen. Sie steht aber fast immer nur einem zu, und bei den meisten ist sie sogar lehnbar.

Andere, als Engelbrecht (in spec. 1. obs. 43.), Leyser (spec. 29. med. 4.), Krees (de variis iurisd. crim. generibus C. 2. obs. 5. §. 6.), Pufendorf (de iurisd. germ. p. 459.), Quistorp (peinl. Recht Th. 2. S. 1066.), v. Selchow (elem. iur. germ. §. 170. (290.)), Schnaubert (Staatsrecht §. 322.), eines Ungenannten (Geschichte der ständischen Gerichtsbarkeit in Baiern. Pesth 1791. Th. 1. S. 66.), setzten den Grund in die ausdrückliche oder stillschweigende Concession des Regenten. Die Gerichtsbarkeit habe blos dem Landesherrn zugestanden, und von diesem hätten die Gutsherren solche erhalten. Aventinus (annales lib. VIII. p. 703.) sagt: antehac nullum earum rerum ius cuipiam erat: omnis iurisdictio — penes principem fuit. — Leyser bemerkt, daß gewöhnlich durch Kauf die Gerichtsbarkeit an die Gutsherrschaften gekommen sei [q]).

Es ist hier eine Verwechslung des rechtlichen mit dem historischen Grunde vorhanden, auch wird von dem Einzelnen auf das Ganze geschlossen; man fand, daß mehrere Patrimonialgerichtsherren die Gerichtsbarkeit durch Verleihung erhalten hatten, und schloß nun, daß der Grund überhaupt die Verleihung sei.

Einige leiten sie aus dem Lehnnexus, als Ludwig (Diss. de praedict. iurisd. nob. Diss. V.) und Montesquieu (L'esprit des lois Tom. IV. Liv. 30. c. 20.). Jener bemerkt, daß die Landesherren dem niedern Adel die Patrimonialgerichtsbarkeit mit verliehn hätten, um dadurch Andere zu veranlassen, ihre Allodien zu Lehn aufzutragen. Montesquieu dagegen führt an, daß den Lehnleuten überhaupt die Gerichtsbarkeit zugestanden und solche unter der Verleihung begriffen gewesen sei.

Diese Meinung ist nur in so fern fehlerhaft, daß der entfernte Grund als der nächste angenommen und als einziger Grund der Patrimonialjurisdiction das Lehnwesen aufgestellt wird.

Die letzte Meinung geht dahin, daß blos Usurpation der Grund sei, wie Estor (Comment. de ministerial. c. 7. §. 338.) annimmt.

Wenn uns gleich die Geschichte lehrt, daß sich der übermüthige Adel oft Rechte der Staatsgewalt angemaßt hat, daß es demselben oft gelungen ist, unter der Regierung schwacher Fürsten sich eigenmächtig in den Besitz der Gerichtsbarkeit auf ihren Gütern zu setzen, so kann dies doch nicht allgemein angenommen werden. Nach der richtigen Meinung ist zwischen dem historischen und

rechtlichen Grunde bei jenen der entfernte von dem nächsten zu unterscheiden.

Der entfernte Grund ist der Lehnsnexus. Wer dem Andern Schutz verleihen, wer Lehne zu ertheilen das Recht hatte, dem konnte auch die Lehnsgerichtsbarkeit als nothwendige Folge dieses Schutzes nicht abgesprochen werden. So wie dem Lehnsherrn über seine Vasallen, so kam auch diesem über seine Untergebenen die Gerichtsbarkeit zu, welche mit besondern Vortheilen unter andern das fredum zu erheben verbunden war. Was einmal in der Natur der zu Lehen verliehenen Güter lag, wurde durch die Person des Empfängers nicht geändert. Hieraus ist auch erklärbar, warum man schon gleich anfangs die Gerichtsbarkeit bei den Kirchengütern findet.

Die Verbindung der Gerichtsbarkeit mit den Lehen erhellt aus einer Menge Urkunden, wo den königlichen Beamten oder Richtern verboten wird, das Gebiet der an Edle oder Kirchen verliehenen Güter zu betreten und darin die Jurisdiction handzuhaben, und Gerichtsfälle zu fordern [r]).

Dieses Recht nun, die richterliche Gewalt in seinem Gebiete zu üben, das ist, zur Erlangung der Composition anzuhalten und das fredum zu erheben, hiervon den ihm gegenüberstehenden Verbote für die königl. Richter, diesen Bezirk zu betreten, hieß in der Sprache der Formeln, der Urkunden und Kapitularen, Immunität (Marculf Form. L. 1. for. 14. 16.).

Die Wirkungen der Immunität bestanden darin, daß dem Inhaber eines mit dem Privilegium der Immunität versehenen Orts über alle darin Eingesessene das Recht, die Abfindungssumme und das fredum einzufordern, zustand. Daß der ganze Bezirk von den Gerichtsbefugnissen der königl. Richter ausgeschlossen war, und daß die Immunitätsinhaber mit den Grafen oder Landgerichten in keiner weitern Unterwerfungsverbindung standen, als daß sie Verbrecher größerer Gattung, Mörder, Räuber, aus ihren Immunitäten an die königl. Gerichte ausliefern mußten.

Durch die Vorzüge, welche den Vasallen eingeräumt waren, wurden auch Andere veranlaßt, ihre Güter dem Könige zu Lehn aufzutragen, um diese Vortheile zu erhalten.

Unverkennbar liegt also in der alten Lehnverfassung und den aus selber entsprossenen Immunitäten die erste Quelle der heutigen

Patrimonialgerichtsbarkeit (Krenis über Land-, Hofmark- und Dorfgerichte in Baiern. München 1795. §. 34. S. 32.).

Der nächste Grund ist sehr gemischt: er liegt 1) in den landesherrlichen Verleihungen, welche erfolgten a) durch Verträge, und hier entweder durch einen lästigen Titel, als Kauf, oder lucrativen, als Schenkung, erworben wurden. Am meisten waren die Käufe, indem sich nur zu oft die Landesherren in Geldverlegenheit befanden, und jedes Mittel gebrauchten, um ihre Cassen zu füllen. Auch geschah es öfters, daß die Gerichtsbarkeit unterpfändet wurde. b) Durch Privilegium, wodurch entweder eine ganze Klasse von Gutsbesitzern die Gerichtsbarkeit erhielten, oder einer bestimmten Art der Güter solche eingeräumt wurde. c) Durch Belehnung, daher das Gerichtsbarkeitslehn, (feudum iurisdictionis) [s]).

2) In manchen Fällen liegt auch der nächste Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit in dem Feudalismus. In einigen Ländern ist sie mit dem Besitz des Lehns unmittelbar verbunden.

3) Eine besondere Begründungsart liegt auch in der Erblichmachung der einst blos persönlichen Aemter der Centrichter. Anfänglich wurden die Centgerichte blos lebenslänglich zu Lehen gegeben, nachher wurden sie aber in den Familien erblich.

4) Auch die Schutz- und Schirmvogtei trug zur Begründung der Patrimonialgerichtsbarkeit bei [t]). Die Klöster nahmen in frühern Zeiten einen Mächtigen zu ihrem Schutzherrn (advocatus) oder Vogt an. Gewöhnlich war mit der Advocatie die Gerichtsbarkeit verbunden. Haus (über den wahren Grund und die Natur der lehnsherrl. Gerichtsbarkeit in Deutschland. Würzb. 1793.) setzt den Grund der Lehnsgerichtsbarkeit in die Schutzherrlichkeit oder Advocatie des Lehnsherrn.

5) Die leibherrliche Gewalt erscheint in einigen Gegenden als Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit, z. B. im Mecklenburgischen. (Taddel de iurisd. patr. secund. iura Mecklenb. Rost. 1768.)

6) Ein besonderer Grund ist die Verjährung: der Besitz von unvordenklicher Zeit, denn der in dem Normaljahre [u]) sicherte das Eigenthum.

Mit dieser richtigen Meinung stimmen überein Eichmann (bürgerl. Recht B. 4. S. 360 u. f. f.), Holler (Geschichte und Würdigung der deutschen Patrimonialgerichtsbarkeit mit besonderer

Rücksicht auf Baiern. Landshut 1804.), Egger (Bemerk. über die Gesetzgebung B. 1. S. 278.), Pfeiffer (Ueber die Grenzen der Civil-Patrimonial-Jurisdiction. Gött. 1806.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 222.), Eichhorn [v]) (Reichs- und Rechtsgeschichte §. 303.).

Uebrigens hat bei Streitigkeiten über die Zuständigkeit der Patrimonialgerichtsbarkeit der, welcher solche in Anspruch nimmt, den Beweis zu führen, selbst der Lehnsbesitzer, dem doch die stärkste Vermuthung zur Seite steht. (Mävius P. II. Dec. 314. n. 4.)

o) Nach Bruns (Beit. z. d. R. des Mittelalters S. 9.) heißt es: Si familia nostra partibus nostris aliquem fecerit fraudem, de latrocinio, aut alio neglecto, illud in caput componat, de reliquo vero pro lege recipiat disciplinam vapulando, nisi tantum pro homicidio et incendio unde frauda (für fraus) exire potest, ad reliquos autem homines iustitiam eorum qualem habuerint reddere studeant, sicut lex est. Pro frauda vero nostra ut diximus familia vapuletur. Franci autem qui in fiscis aut villis nostris commanent quidquid commiserint secundum legem eorum emendare studeant, et quod frauda dederint ad opus nostrum veniat, id est, in peculio aut in alio pretio.

p) De servis et originariis qui vocantur in crimine. Inter burgundionem et romanum haec forma servabatur. Si a quocunque crimen obiicitur, quod ad praesens probare non potest, id volumus custodiri, ut sive servus romani sive burgundionis sit qui vocantur in culpam, non compellatur dominus sacramenta praebere, neque pro servo neque pro originario, sed cum crimen obiectum fuerit — pretium iuxta personae meritum fiat, quod dominus eius, cuius servus est, de praesente percipiat, aut mancipium eius meriti consequatur. Quod cum ita fuerit, ille qui vocatur in crimine iudici tradatur ad poenam, ut si confessus fuerit se admisisse quod obiicitur, pretium recipiat ille quo dederit, servus de confesso crimine tradatur. Si autem servus in tormentis non confessus fuerit, is qui eum inscripsit, domino suo reddat, et dominus ipse aut vicarium servum aut pretium teneat.

q) A. a. O. sagt er: Inter cetera itaque, quae venire poterant, iurisdictio quoque erat. Id vero in huiusmodi venditionibus calamitosissimum erat, quod cives minores ipsi pretium conferre, suaque pecunia dominos sibi et tyrannos emere cogerentur.

r) S. d. a. Stelle aus Marculf.

s) Böhmer Princ. i. feud. §. 66. Comiciae öfters in den Urkunden genannt. So behielt sich der Herzog Henrich von Niederbaiern bei Vergleichung mehrerer Streitigkeiten mit dem Bischof Otto zu Passau und dem dasigen Domcapitel 1262 die Gerichtsbarkeit zwischen der Warnach, Regenbruck, Sizelbach und Utelbach, als Leben von dem Domstift bevor. In der Urkunde (Hansiz germania sacra T. I. f. 396.) heißt es: Habebimus insuper eodem titulo (i. e. feudi) comiciam inter fluvios Warnach etc.

t) Daß die Gerichtsbarkeit in der Advocatie unmittelbar begründet gewesen sei, wird von Mehrern mit Recht geläugnet. Zwenlin von der Vogtei, Schutz- und Schirmgerechtigkeit in Nebenst. Th. I. n. 12.

u) Z. B. in Baiern das J. 1806. Verfassungs-Urk. Beil. VI. §. 27.

v) Dieser würdige Gelehrte bemerkt hier: von der ordentlichen Gerichtsbarkeit des Landesherrn waren eximirt — kraft besonderer Privilegien, in man-

chen Ländern kraft Vertrags mit dem Landesherrn die Hintersassen und eigenen Leute der Ritterschaft. Die Exemtion erstreckte sich bald blos auf die Centgerichtsbarkeit, bald auch auf die obere Gerichtsbarkeit. Die Veranlassung zu dieser Uebertragung, die bald zum unbeschränkten Eigenthum, bald lehnweise geschah, lag ohne Zweifel in den Rechten, welche der Gutsherr als solcher oder als Leibherr ohnehin schon über seine Hintersassen ausübte, welche aber keine wahre Gerichtsbarkeit bildeten, sondern nur in der Befugniß bestanden, als Gutsherr in den Sachen, welche gutsherrliche Rechte angingen. Diese Rechte durch eigene Gewalt zu schützen, und die Frevel zu bestrafen, durch die ein Leibeigener dem Leibherrn Schaden zufügte, wenn sie gleich meistens in Form einer Gerichtsbarkeit ausgeübt würde.

§. 695. c)

Der Patrimonialgerichtsherr kann wegen seiner eigenen Ansprüche und Forderungen seine Gerichtsunterthanen und Gutsleute bei seinem Gerichte belangen.

Chlingensberg (Ius hofmar. c. 35.) sagt: Quamvis in confesso est, neminem posse sibi ipsi ius dicere, vel se sine iudice vindicare, aut debitori suo propria auctoritate debitum extorquere, in Bavaria tamen tribus statibus provincialibus privilegium concessum est, ut — possint suos emphytheutas et colonos pignorare, et ipsis v. g. tantum frumenti, vel aliam rem, v. g. bovem et vaccam, auferre, ac loco canones, vel praestationis debita sua ratione in solutum retinere. Allein nicht blos in Baiern [w]) ist das Auspfändungsrecht der Gutsherren wegen ihrer liquiden Forderungen hergebracht, sondern es hat der Gutsherr auch das Recht, seine eigenen Ansprüche und Forderungen gegen seine Gutsunterthanen in dem Patrimonialgericht geltend zu machen; welche richtige Meinung vertheidigen: Böhmer (de iure et statu hominum propriorum a servis germaniae non romanis derivando. sect. 3. §. 5.), Thomasius (de hominibus propriis §. 86.), Ludewig (de iure clientelari germ. Sect. 3. C. 4. Lit. d.), Schilter (Exercitat. 6. §. 16.), Mencken (de iure conveniendi subditos in proprio iudicio. Vit. 1717.), Heineccius (de dominis subditos suos in iudicio suo convenientibus. Halae 1738.), Sieber (von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherren selbst Recht zu sprechen. Gött. 1783. §. 264.), Holler (a. a. O. §. 68.), Glück (P. comment. §. 191.), v. Berg (jur. Beobachtungen Th. 3. S. 211.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 223.), Haubold (sächs. Privatrecht §. 266.).

Die Gründe sind:

1) Das römische Recht kann auf ein deutsches Rechtsinstitut, wie die Patrimonialgerichtsbarkeit ist, nicht angewandt werden; sonach findet auch das, was in L. unic. C. ne quis in sua causs. iudicet steht, keine Anwendung; wo es heißt: generaliter lege decernimus, neminem sibi esse iudicem, vel ius sibi dicere debere: in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae.

2) Der Leibherr hat von jeher gegen seine Leibeigenen Zwangsmittel gebrauchen können, dieses Zwangsmittel ist aber in der Folge in die Gerichtsbarkeit umgeschaffen worden, sonach kann letztere nicht weniger begreifen, als die herrische Gewalt ehemals enthalten hat.

3) Da der Gerichtsherr die Gerichtsbarkeit durch einen Gerichtshalter verwalten läßt, so kann nicht einmal behauptet werden, daß er Richter in seiner Sache sei.

Andere, als Schaumburg (Einl. zum sächs. Recht S. 1223.), Zanger (tract. de exceptionibus P. 2. C. 1. n. 408. p. 126.), Leyser (Spec. 68. med. 1. 2. und 3.), Eichmann (Erl. d. b. Rechts B. 4. S. 384.) nehmen das Gegentheil an. Ihre Gründe sind:

1) Die Bestimmungen des römischen Rechts finden um so mehr Anwendung, weil sie nicht auf die besondere Verfassung der Römer, sondern auf die Natur der Sache begründet sind, die auch die Deutschen selbst bei der den Römern unbekannten Art der eigenen Gerichtsbarkeit nicht verkennen, mithin muß dasselbe um so mehr eine Gültigkeit haben, da das römische Recht, wenn keine vaterländischen Gesetze entgegen stehn, auch bei solchen Dingen, die von besonderer Beschaffenheit und den Römern unbekannt gewesen sind, alsdann zur Richtschnur dienen muß, wenn es ihrer Natur nicht zuwider ist.

2) Wenn gleich nicht geläugnet werden kann, daß noch unter den Kaisern ein Herr eine gewisse Herrschaft über seine Sclaven gehabt hat, welche ihm die Gewalt gab, von denselben zu verlangen, die Handlungen nach seinem Willen, in so fern sie nicht wider die Gesetze liefen, einzurichten und sie mäßig zu züchtigen; so kann doch hieraus um so weniger ein Schluß auf die Ausübung der Patrimonialgerichtsbarkeit in eigenen Sachen gemacht werden, da eines Theils die Gesetze deutlich sagen, daß in Rücksicht dessen, wozu ein Herr in Ansehung seines Sclaven berechtigt war, zwischen

ihm und demselben kein indicium Statt gefunden habe [x]), andern Theils dergleichen Streitigkeiten zwischen einem Gerichtsherrn und seinen Jurisdictionseingesessenen nothwendig zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte gehören müssen.

3) Die Berufung auf das Entstehen dieser Art der Gerichtsbarkeit aus der vormaligen herrschaftlichen Gewalt sei ohne Grund; auch werden Dinge, welche ihrer Natur nach ganz von einander verschieden sind, mit einander verwechselt, besonders könne aus einer gewissen Art von Zwangsrecht, welches doch allein keine Gerichtsbarkeit ausmacht, auf etwas geschlossen werden, was sich nie aus solchem ableiten ließe.

4) Daß der Gerichtsherr nicht selbst, sondern durch einen andern die Gerichtsbarkeit ausüben lasse, könne der Sache keine andere Beschaffenheit geben, indem der Gerichtshalter als Mandatarius des Gerichtsherrn in Ansehung der Ausübung der Gerichtsbarkeit anzusehn sei, mandans und mandatarius aber für eine Person gehalten werden. Der Gerichtshalter spreche nicht Recht, sondern sein Gerichtsherr, dessen Instrument er sei.

Hieraus ergebe sich, daß zwar ein Gerichtsherr seine Bauern, Leibeigene und andere, die seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind, zur Erfüllung ihrer ausgemachten Verbindlichkeiten nöthigen Falls durch gerichtliche Zwangsmittel anhalten könne, ihm aber, wenn die Sache zu einer rechtlichen Erörterung oder Entscheidung geeignet sei, ein Recht, seine Jurisdictionseingesessenen vor seinen eignen Gerichten zu belangen, nicht anders zustehe, als wenn Gesetze und Gewohnheiten, welche die gesetzlichen Eigenschaften haben, und in Zweifel zu beweisen sind, ihm dergleichen geben, daß aber von einem Lande auf das andere kein Schluß zu machen sei.

Allein dieser Gründe ungeachtet ist die erstere Meinung gegründeter, nur wird vorausgesetzt, daß der Gerichtsherr die Gerichtsbarkeit durch einen besondern Gerichtshalter verwalten läßt, indem er nicht Urtheiler und Parthei zugleich sein kann. Auch ist diese Meinung in mehrern Gesetzen angenommen. Sächs. Prozeßordnung Tit. 2. §. 3., wo es heißt: ob wir nun geschehn lassen können, daß diejenigen, so mit Gerichten von uns verliehen sind, wie bisher also hinfüro sich deren gebührlich gebrauchen und vor denselben ihre Unterthanen rechtlich belangen mögen.

Revidirte Holsteinische Landesgerichtsord. P. I. tit. 3. §. 2. Pr. Landr. Th. II. tit. 17. §. 41. Der Gerichts-

herr kann seine Gerichtsgesessenen in seinen eignen Gerichten belangen, er muß aber sich alsdann alles Einflusses auf die Direction und Entscheidung des Prozesses enthalten. §. 45. — er (kann) seine Gerichtsgesessene nicht zwingen, ihre Klagen wider ihn bei seinen Gerichten anzubringen. §. 75. Wer seine eigne Gerichtsbarkeit durch sich selbst ausübt, kann in seinen eignen Sachen niemals Richter sein.

w) Jeder Gutsherr, wenn er auch nicht Gerichtsbarkeit besitzt, wenn er dieses Recht hergebracht hat. Bai. Verf.-Urk. Bei. VI. §. 118.

x) L. 6. C. an servus pro suo facto post manumissionem teneatur: sive servi sint hi, quorum precibus fecisti mentionem, domi eos conveni: quia inter dominos et servos iudicium nullum constare potest.

§. 695. d)

Der Patrimonialrichter kann gegen einen Eximirten zwar Polizeiverfügungen erlassen, gegen denselben aber keine Zwangsmittel gebrauchen.

Daß Eximirte oder Schriftsassen der Patrimonialgerichtsbarkeit nicht unterworfen sind, ist außer Streit. Gewöhnlich ist die niedere Polizei mit der Patrimonialgerichtsbarkeit verbunden [y]).

Wenn nun dieses ist, so entsteht die Frage: ob der Patrimonialrichter gegen die Honoratioren Polizeiverfügungen erlassen und solche durch Zwangsmittel gegen sie geltend machen kann? Die erstere Frage ist wohl darum zu bejahen, weil die meisten Polizeivorschriften in den allgemeinen Landesgesetzen enthalten sind, oder wenigstens dadurch, als nothwendige Folgerungen, veranlaßt werden. An diese ist jedermann ohne Ausnahme des Standes und der Würden gebunden, indem solche Vorschriften allgemeine verbindliche Kraft haben, und in Ansehung der in Gemäßheit derselben von den niedern Polizeibehörden etwa verfügten besondern Anordnungen, diese selbst nur als Diener des Gesetzes, als Werkzeuge der höchsten Gewalt und ihre Anordnungen handeln, sonach als mittelbare Handlungen von letzterer lediglich zu betrachten sind.

Was aber die zweite Frage betrifft, so sind Einige, als Justi (Grund der Polizeiwissenschaft C. 30.), Fischer (Lehrbegriff d. sämmtl. Cameral- und Polizeirechte B. II. §. 181.), v. Zangen (ob in Polizeisachen auf einen vorzüglichen Gerichtsstand gesehen werde? Gießen 1794.), Klüber (jurist. Bibliothek St. XXVI. S. 229.), zum Theil auch Pütter (Rechtsfälle B. III. Resp. 286. n. 20.) für die bejahende Meinung,

indem 1) der Zweck des gemeinen Besten als das wesentliche Merkmal einer Polizeisache dies erfordere.

2) Bei den meisten Polizeiverfügungen periculum in mora eintrete, und sonach auf die Exemtion keine Rücksicht genommen werden könne.

3) Bei allgemeinen Landespolizeiverfügungen an der Competenz der Polizeibehörden nicht gezweifelt werden könne.

4) In Polizeisachen keine Appellation Statt finde.

Allein diese Gründe sind ganz verwerflich, daher auch Andere das Gegentheil annehmen; als Claproth (Einl. zu den summarischen Prozessen Ab. 1. S. 5.), Mevius (Decisiones P. VIII. dec. 2.), Pfeffer (a. a. O. §. 52. 53.) und zwar aus folgenden Gründen:

1) Die Befugniß zur Localpolizei ist ohne Zweifel nur darum mit der Patrimonialgerichtsbarkeit verbunden, weil dem Richter ohnehin schon die Macht zusteht, mit Nachdruck zu handeln, und seine Verfügungen in Wirklichkeit zu setzen.

Wird aber auch zugleich auf solche Weise von der richterlichen Gewalt bei Ueberlassung des Polizeiwesens Gebrauch gemacht, so kann doch diese Ueberlassung keine neue Ausdehnung derselben begründen, und es läßt sich kein Grund einsehn, aus welchem sich die Competenz eines Patrimonialrichters als Polizeibehörde weiter erstrecken sollte, wie ihm solche in seiner Qualität zusteht.

2) Die von den Gegnern angeführten Gründe sind ohne Gehalt; denn

a) ist zwischen der Verbindlichkeit zur Befolgung der Polizeibefehle und zwischen deren Handhabung ein großer Unterschied. Jeder ist verbunden, die Polizeiverfügungen zu befolgen, aber von wem er dazu gezwungen werden könne, ist eine andere Frage.

b) Wenn auch im Allgemeinen zuzugeben, daß bei den meisten Polizeiverfügungen periculum in mora vorhanden, so folgt doch nicht das daraus, was daraus hergeleitet wird. Es ist hier nämlich darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Nachtheil die ganze Gemeinde oder nur ein einzelnes Mitglied trifft. In dem erstern Fall begründet schon das allgemeine Rechtsprincip, daß die Rechte eines einzelnen Mitgliedes dem Wohl der ganzen Gesellschaft nachstehen, allerdings eine nothwendige Ausnahme; doch darf nicht vergessen werden, daß ein sonst wohl begründetes Recht um der gemeinen Wohlfahrt willen für das Mal suspendirt wird. In

dem letzten Fall aber findet eine solche Suspension sogar nicht einmal Statt, sondern der Weigernde macht sich nur zur Erstattung alles Schadens und des vollen Interesse verbindlich: denn indem die auf den Zweck der Polizei sich gründende Ausnahme von einem wohlhergebrachten privilegirten Gerichtsstand nicht weiter, als dieser Zweck es nothwendig erfordert, ausgedehnt werden darf, so kann solche nicht blos wegen einer ihm im gewöhnlichen Wege Rechtens zu reparirenden Verletzung eines einzelnen Individuums ebenfalls zugelassen werden.

c) Daraus, daß die allgemeinen Landespolizeiverordnungen für alle Unterthanen verbindlich sind, folgt noch nicht die Competenz der niedern Polizeibehörde gegen Honoratioren, weil 1) die Handhabung von dergleichen Landespolizeiverordnungen den niedern Polizeibehörden überhaupt nicht zukommt, indem hierbei die landesherrliche Polizeigewalt sich thätig äußert, und eine solche Handhabung also nur durch einen Act der höchsten Staatsgewalt, mithin auch nur im Namen des Landesherrn und von einer obern landesherrlichen Behörde geschehn kann. Eben deshalb 2) in größern Städten die Polizeideputationen durch Mitglieder aus allen Departements besetzt werden.

d) Wenn man auch zugiebt, daß in Polizeisachen keine Appellation Statt hat, so kann doch eine solche Folgerung nicht über die Grenzen des Princips selbst ausgedehnt werden: diese aber begreifen offenbar nur den Fall, wo gegen allgemeine oder specielle Polizeiverordnungen appellirt werden soll; der Fall hingegen, wo jemand nach den bestehenden Verordnungen gestraft werden soll, und sich darüber beschwert, ist eben einer von denen, wo die gerichtliche Cognition ausnahmsweise Platz findet, und also auch der Weg der Appellation nicht versagt werden kann. Da findet sonach das allgemeine Princip keine Anwendung, mithin müssen auch sofort dessen Folgen wegfallen.

Nach der berichtigten Ansicht läßt sich daher die Sache so beurtheilen, daß zwar alle nöthigen Verfügungen mit voller Wirksamkeit zu erlassen, der niedern Polizeibehörde in thesi nicht abzustreiten ist, daß aber in hypothesi, d. h. gegen schriftsässige Ortseinwohner, es ihr an einem Mittel fehlt, ihre Verfügungen im Uebertretungsfalle geltend zu machen und durch Zwang aufrecht zu erhalten, daß also hier die in andern analogen Fällen, z. B. bei der von einem Unterrichter zu bewirkenden Zeugenabhörung eines

Schriftsassen, sehr gewöhnliche und bekannte Maaßregeln der Requisition des competenten Richters Platz greifen muß.

Noch Andere, als Pütter (Rechtsfälle B. III. Resp. 286.) und v. Berg (Handbuch des d. Polizeirechts B. IV. Abh. XI.) sind der Meinung, daß, wenn die eximirten Personen unter einer Localpolizei wohnen, sie auch der Polizeiaufsicht und Gerichtsbarkeit unterworfen, die Bestrafung und Vollstreckung, wenn nicht Gefahr auf dem Verzuge hafte, der ordentlichen Obrigkeit zu überlassen und diese darum zu ersuchen sei.

Unter diesen Meinungen hat die letztere den Vorzug. Denn der Zweck der Polizei erfordert, daß ein jeder ohne Unterschied der Polizeiaufsicht unterworfen sei; ohne vollständige Kenntniß der ihm entgegenstehenden Hindernisse, ohne gleichförmige Uebersicht des Ganzen, und ohne gleichförmige Handhabung der gesetzlichen Ordnung, ohne schnelle Verfügungen und ohne schleunigen Gehorsam aller, kann der Zweck nie erreicht werden. In sehr vielen Gesetzen ist auch dieser Grundsatz angenommen. In dem Generalvergleichs-Receß zwischen d. K. Kammer und der Altstadt Hannover v. 13. Febr. 1782. §. 6. ist bestimmt, daß in allen wirklichen Polizeisachen, welche auf die öffentliche Stadtpolizei und deren Anstalten Beziehung haben, alle und jede in der Altstadt wohnende Personen, denen die Canzeleisässigkeit zusteht, der Jurisdiction des Magistrats, und zwar sowohl quoad vim cognoscendi als quoad potestatem puniendi, arrestandi et exequendi, unterworfen sein. In der landgräfl. hessendarmstädrischen Organisationsordnung v. 12. Oct. 1803. §. 5. (Häberlin Staatsarchiv B. XIII. S. 146.) ist bestimmt, daß der vorzüglichste Gerichtsstand schriftsässiger Personen in allen Polizeisachen, als in welchen Jedermann den Untergerichten, als Polizeirichtern, unterworfen sei, nicht Statt finde.

y) Ob in derselben begriffen? ist bestritten. Pfeifer a. a. O. S. 122 fg.

§. 695. *)

Die willkürliche Entlassung des Gerichtshalters von Seiten des Gutsherrn findet nach allgemeinen Grundsätzen nicht Statt.

So bestritten die Frage ist: ob ein Staatsdiener willkürlich von dem Landesherrn entlassen werden kann [z])? so bestritten ist die: ob eine willkürliche Entlassung eines Patrimonialrichters von dem Gerichtsherrn erfolgen könne [a])?

Daß die willkürliche Entlassung nicht nur schädlich, sondern auch rechtswidrig sei, ergiebt sich aus folgenden Gründen.

1) Es ist nachtheilig, indem der Gerichtshalter bei Verwaltung seines Amtes die Person des Gerichtsherrn vorstellt, so würde die willkürliche Entlassung höchst unanständig sein, seinem obrigkeitlichen Ansehn bei den Gerichtsunterthanen aber höchst nachtheilig werden, wenn er wie ein Kammerdiener oder Jäger, nach Belieben alle halbe Jahre fortgeschickt werden könnte; die Gerichtsunterthanen werden ihn unter diesen Umständen nicht mehr für ihren öffentlich bestellten Richter, für ihre Obrigkeit oder für den Repräsentanten ihres Gerichtsherrn, sondern für den ersten Domestiken ansehn. Die höchst nachtheiligen Folgen ergeben sich von selbst, und der üble Zustand der Justiz bei den Patrimonialgerichten, worüber so viele Klagen geführt werden, hat hauptsächlich seinen Grund in dieser angemaßten oder hergebrachten Befugniß der Gerichtsherren [b]).

2) Ist es rechtswidrig. Denn

a) liegt bei diesem Verhältniß des Gerichtsherrn und Gerichtshalters weder ein Dienstbotencontract noch ein gemeiner Vollmachtsvertrag zu Grunde. Das Erstere bedarf keines weitern Beweises, was aber das Letztere betrifft, so ist hier nicht von einem Privatgeschäft die Rede, welches jemandem übertragen wird, sondern die Ausübung eines öffentlichen Amts, wobei nicht die Rechte Statt finden können, welche bei Aufträgen über Privatangelegenheiten eintreten. Man hat sich zwar auf das römische Recht berufen, wonach bei der iurisdictio mandata dem Proconsul ausdrücklich gestattet worden, die übertragene Gerichtsbarkeit zurückzunehmen. Wenn aber dies auch wirklich der Fall wäre, was nicht ist, indem Ulpian in L. 6. §. 1. D. de officio proconsulis ausdrücklich sagt: non autem debet inconsulto principe hoc facere, sonach der Proconsul schuldig war, wenn er einen Widerruf der mandatae iurisdictionis vornehmen wollte, die Sache an den Kaiser zu bringen, und dessen Entschließung hierüber abzuwarten — so ist doch zwischen der iurisdictio mandata und der Patrimonialgerichtsbarkeit ein sehr wichtiger Unterschied. Denn nach römischem Recht kann blos der die iurisdictio mandiren, der solche suo iure, non alieno beneficio ausübt. Dem Patrimonialgerichtsherrn steht aber sein Recht vermöge eines Privilegiums des Regenten zu. Der Magistrat, der die iurisdictio mandirte,

überträgt sie auf einen andern nicht dergestalt, daß ihm die Administration entzogen werde, sondern aus einem andern Grunde. Der Gerichtsherr ist aber in den meisten Fällen verbunden, die Ausübung der Patrimonialgerichtsbarkeit Andern zu überlassen, weil er nach dem Gesetze, solche selbst auszuüben, gehindert ist. Will man einen gewöhnlichen Mandatcontract zu Grunde legen, so ist die große Verschiedenheit vorhanden. Das Mandat ist ein **negotium gratuitum**, der Patrimonialrichter muß aber von dem Gerichtsherrn besoldet werden. Der Mandatarius, in so weit er die Grenzen der Vollmacht nicht überschreitet, vertritt den Mandans, wird für eine Person mit demselben gehalten. Dies ist aber nicht der Fall bei einem Gerichtshalter im Allgemeinen: denn kann er nicht in Streitigkeiten des Gerichtsherrn und der Gerichtseingesessenen entscheiden? kann er nicht Documente, welche von dem Gerichtsherrn zum Beweise gebraucht werden sollen, recognosciren? u. s. w. Das Mandat endigt sich mit dem Tode des Mandans, dies ist nicht, wenn der Gerichtsherr stirbt.

b) Der Patrimonialrichter ist, so wie der Unterrichter, ein öffentlich bestellter Justizbeamter; er bekleidet ein mittelbares Staatsamt, schwört, so wie jeder Unterrichter, dem Regenten Treue. So wie nun ein Staatsdiener nach der richtigen Meinung nicht willkürlich entlassen werden kann [c]), so kann auch ein Patrimonialrichter als mittelbarer Staatsdiener nicht willkürlich entlassen werden. Wenn man auch den von Einigen angenommenen Unterschied zwischen Justiz- und Administrativ-Beamten annehmen wollte, so würde das nämliche Resultat sich ergeben. Der Patrimonialrichter ist theils Justiz-, theils Administrativ-Beamter: in jener Eigenschaft kann keine willkürliche Entlassung Statt finden, in dieser Eigenschaft ist sie zwar zulässig, da jedoch beide Functionen nicht von einander getrennt werden können, die erstere aber die Hauptfunction ist, so ist die willkürliche Entlassung des Gerichtshalters nicht für zulässig zu achten.

Ueberdies ist hier von der Verabschiedung eines Justizbeamten durch einen Landsassen die Rede, wovon selbst für das gemeine Wohl weit schlimmere Folgen, als von der Entlassung anderer Staatsdiener, welche vom Landesherrn verfügt wird, zu besorgen sind.

c) Bei den ehemaligen höchsten Reichsgerichten war es eine durch mehrere Erkenntnisse bewährte Regel, daß Personen, welche

in öffentlichen, insonderheit in Richterämtern stehen, sie mögen angestellt sein, von wem sie wollen, nicht anders, als nach vorhergehender richterlicher Untersuchung und Erkenntniß über ihr Verschulden wider ihren Willen entlassen werden können.

In dem Pr. Landrecht (Th. II. tit. 17. §. 98 und 99.) hat man diese bei allen Richterämtern zur Erhaltung des richterlichen Ansehns und unabhängig gewissenhafter Justizpflege so durchaus nothwendige Regel auch auf die in den Patrimonialgerichten angestellten Beamten ausgedehnt, und festgesetzt, daß sie nur bei den vorgesetzten höhern Gerichten oder Landescollegien wegen ihrer Untersuchung belangt, in Untersuchung genommen, bestraft oder ihres Amts entsetzt werden können.

In Chursachsen hat man ebenfalls gegen die willkürliche Entlassung, wie Kind (Quaest. for. T. II. q. 36. T. III. q. 61.) bezeugt, erkannt, welches aber zu einer Beschwerde der Ritterschaft die Veranlassung gab, wodurch das Decret an die Ritterschaft v. 13. April 1805. veranlaßt wurde, worin provisorisch für die Gerichtsherren entschieden ist. (s. Graf Hohenthal a. a. O. Anhang A.)

3) Die von den Gegnern angeführten Gründe sind unerheblich, sie sind folgende:

a) Sei zuerst bei dem Verhältniß des Gerichtsherrn und Gerichtshalters auf den zu Grunde liegenden Vertrag Rücksicht zu nehmen, enthalte dieser die Klausel „auf Widerruf, auf Aufkündigung," so sei auch die willkürliche Entlassung zulässig. Allein ein solcher Vertrag ist, weil er der öffentlichen Wohlfahrt widerstreitet, unverbindlich, überdies aber auch ganz unnütz und überflüssig. Denn wenn Gründe der Entlassung vorhanden sind, so können solche von dem Gerichtsherrn vorgebracht werden. Der Gerichtshalter würde hierdurch der willkürlichsten Behandlung des Gerichtsherrn ausgesetzt werden, auch könnte er, da ihm ja der Weggang willkürlich offen steht, leicht zu unerlaubten Handlungen veranlaßt werden.

b) Die Gerichtsherren wären zur Vertretung der Handlungen des Gerichtshalters verbunden, sonach müßte denselben auch die Befugniß zustehn, denselben willkürlich entlassen zu können, indem sie leicht durch Verzögerung in Nachtheil gerathen könnten. Abgesehn davon, daß die Vertretungsverbindlichkeit der Gerichtsherren beschränkt ist (Th. I. §. 253. S. 348.), so würde dies nur dann angenommen werden können, wenn die willkürliche Entlassung der

Patrimonialrichter die einzig mögliche Bedingung wäre, unter welcher die Gerichtsherren wegen jener Verantwortlichkeit gesichert werden könnten. Nun erlangen aber die Gerichtsherren durch jene Befugniß noch keinesweges die gewünschte Sicherheit; denn ungeachtet desselben können sie, und eben so leicht, als in dem entgegengesetzten Falle, von ihren Gerichtshaltern getäuscht und den Ansprüchen ihrer Gerichtseingesessenen ausgesetzt werden. Und lassen sich nicht andere minder heftige Mittel anwenden, den Gerichtsherrn vor solchen Ansprüchen zu sichern, als gemeinschaftliche Aufbewahrung oder öftere Revision der Depositengelder, der Vorbehalt, daß zur Gültigkeit einer hypothekarischen Verschreibung die Einwilligung des Gerichtsherrn erforderlich sei. Wenn dieses Argument nicht gegen die Patrimonialgerichtsbarkeit überhaupt gelten soll, so läßt sich nicht absehn, warum deswegen alle rechtliche Cognition bei der Entlassung der Gerichtsverwalter wegfallen soll.

c) Das Ansehn der Rittergutsbesitzer wird bei seinen Unterthanen gefährdet, wenn dem Gerichtsherrn diese Befugniß nicht zusteht. Allein wie kann wohl die willkürliche Entlassung des Gerichtsverwalters ein Anspruch auf Achtung sein? Gedenkt man gar nicht der Gefahr, die ein solches Beispiel leicht für die Rittergutsbesitzer selbst, so fern sie Staatsämter bekleiden, haben kann?

z) Die ältern Schriften über diese Lehre finden sich in Böhmer Diss. de iure principis circa dimissionem ministeriorum, in s. Exercit. ad Pand. T. III. n. LVII. und Pütter Literatur d. StR. III. §. 1098. Die neuern in Klüber öffentl. Recht des d. Bundes §. 492. not. a. u. g. Mehrere bejahen solche, andere verneinen sie, noch andere unterscheiden zwischen Justiz- und Administrativ-Beamten (Zachariä Annalen der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft in den Ländern des Churfürsten v. Sachsen. B. 1. Lpz. 1806. S. 369.). Bei jenen lassen sie die Entlassung darum nicht zu, weil die Unabhängigkeit der Justizgewalt von jeder andern zum Wesen des Staats gehört, bei diesen lassen sie solche zu, weil die unbedingte Abhängigkeit dieser Beamten von dem Haupt der executiven Gewalt schlechthin nothwendig sei, wenn die executive Gewalt diejenige Einheit und Kraft haben soll, ohne welche der Staat nicht bestehn kann. So verschieden die Meinungen der Gelehrten, so verschiedene Bestimmungen finden sich in den Gesetzen. Kais. Wahlcapitulation seit 1790. Art. 24. §. 10. Pr. LR. Th. II. tit. 10. §. 94—103. Bai. Dienstpragmatik. Art. 17. Verf.-Urk. Beil. IX. §. 19. Kurhess. Verfassungsurk. v. 1831. §. 56.

a) Schlözer Staatsanzeigen. H. 29. S. 43. Malacord de publ. officiis absque iusta causa eiusque legali cognitione non auferendis. Goett. 1788. Engler D. de muneribus publicis iustitiae sacerdotibus absque iusta causa non auferendis. Lps. 1794. Rauwerck (Praes. Erhard) D. de administratione iurisdictionis patrimonialis munere suo indicta causa haud privando. Lps. 1801. Materialien, die willkürliche Entlassung der Patrimonialgerichtsverwalter

in Chursachsen betr. Lpz. 1805. Wachsmuth Versuch einer syst. Darstellung der Patrimonialgerichtsverfassung der Rittergüter, nach gemeinem und sächs. Rechte. Lpz. 1808. §. 89. S. 51—54. Zachariä a. a. O. Th. I. S. 347—376. Runde Beitr. z. d. Recht B. 2. n. 1. §. 11. 12. Comes ab Hohenthal Diss. examen quaestionis: utrum administrator iurisdictionis patrimonialis munere suo sine caussae cognitione recte privetur? iis, quae super ea re in comitiis saxon. a. 1805. disputata sunt adcommodatum. Lps. 1819.

b) S. das mit großer Einsicht abgefaßte Votum des Grafen von Schulenburg-Wolfsburg im J. 1797. Bei dem Lüneburgischen landschaftl. Colleg. abgelegt in Häberlins Staatsarchiv. Heft 14. S. 223.

c) Worüber die Schriften von Rebmann, Seuffert, Bischoff, Häberlin, van der Becke, Ronneberg, Gönner u. A. zu bemerken sind.

§. 695. f)

Die Patrimonialgerichtsbarkeit verdient aufgehoben zu werden.

Daß die gutsherrliche Gerichtsbarkeit aufgehoben zu werden verdient, ist aus folgenden Gründen klar. Denn

1) beruht sie nicht auf einem sichern Fundament. Meistentheils hat sie keine andere Quelle ihres Daseins, als eigenmächtige Anmaßung, welche etwa nachher durch eine künstlich eingeleitete oder wie immer nachgefolgte Verjährung den Schein der Rechtlichkeit erhielt. Auch selbst die Verträge, wodurch sie häufig im Mittelalter erworben wurde, stellen sich bei näherer Beleuchtung in ihrer Blöße dar. Wenn nothgedrungen der Fürst die Gerichtsbarkeit an den Rittergutsbesitzer verkaufte, wer bezahlte das Kaufpretium? die Gutseingesessenen. Die Armen mußten sich ihre Gerichtsherren selbst kaufen. Die ihnen deshalb aufgelegten Abgaben an ihre Gutsherren waren oft unerschöpflich. Eben so verhält es sich mit den remuneratorischen Schenkungen: wenn die Gutsherren gestatteten, daß ihre Hintersassen vom Landesherrn besteuert wurden, und ihnen dagegen die Gerichtsbarkeit eingeräumt wurde, so kann daraus kein Rechtsgrund hergeleitet werden. Wer vermag das edel zu nennen, wenn sich die Grundherren für die Bewilligung von Abgaben, Vorrechte einräumen ließen? daß sie die ihnen eben so wie jedem des Staatsschutzes theilhaften Bürger obliegende Beitragspflicht auf ihre Grundholden und übrige Unterthanen hinüberwälzten, und dafür fürstliche Concessionen sich ausbedungen, weil sie die Fürsten nicht hinderten, denselben Auflagen aufzubürden? Sollte auch in der Erwerbart keine Schädlichkeit liegen, so bleibt die Veräußerung der Gerichtsbarkeit als ein dem Staatszweck absolut entgegengesetztes Attentat allezeit

verwerflich, und kann von Niemandem ohne den Verdacht der unbürgerlichsten Gesinnungen vertheidigt werden.

2) Sie ist gemeinschädlich durch ihre Mißbräuche in der Ausübung, und zwar

a) in der Regel, und in so fern sie die bürgerliche und Polizeistrafgewalt in sich begreift, indem sie

1) die Quelle aller Bedrückungen ist, unter denen die Hintersassen der Gutsherren seit so vielen Jahrhunderten seufzten. Ohne den dem Gutsherrn zustehenden Gerichtszwang wäre es demselben unmöglich gewesen, alle die unzähligen Mißbräuche herbeizuführen, welche man überall antrifft; ohne ihn wären die so oft fruchtlos gerügten Laudemialexcesse, die Frohnrechtsmißbräuche, die vielfachen Unfuge in Ausübung der verschiedenen Zwangsrechte unbekannt geblieben. Mit Recht sagt Leyser (med. ad P. spec. 29. med. 4.): **Principatus suos praecipuo decore spoliabant, et cives minores tyrannidi et iniustitiae, iudicium illorum hereditariorum obiiciebant.** Die Gerichtsbarkeit, die ihrem Endzweck gemäß als Mittel die Freiheit und Rechte der grundherrlichen Unterthanen zu schützen dienen sollte, wurde das Werkzeug solche zu schmälern, und mußte solches werden, weil sie von ihren Inhabern nur als Quelle von Einkünften, nur als ein nutzbares Recht angesehn und behandelt wurde, die ganz anders zu denken gewohnt waren.

2) Da der Gerichtsherr zugleich als Grundherr das Recht auf vielerlei Dienste und Leistungen hat, die er von seinen Gerichtseingesessenen fordern kann, so wird er in den meisten Fällen Parthei, und folglich Richter in eigner Angelegenheit.

3) Durch das ihm zustehende Auspfändungsrecht verschafft er sich wieder in seiner eigenen Sache Recht.

4) Durch die dem Gutsherrn zustehende richterliche Gewalt können sie einen ganzen Umfang von neuen Rechten begründen, es bedarf ja nur eines richterlichen Ausspruchs, die Berufung auf Herkommen, Verjährung.

5) Wird durch die dem Gerichtsherrn züstehende Polizeiverwaltung ein Feld von unzähligen Mißbräuchen eröffnet. Bekannt sind die Härte und Excesse in Polizeistrafen, besonders wenn außer dem gemeinen Vortheil der Sporteln noch ein besonderes Interesse des Patrimonialgerichtsherrn selbst mit ins Spiel kommt. Die

Pflichten einer für gute Ordnung und zweckmäßige nützliche Anstalten sorgenden Polizeiobrigkeit werden ganz vernachlässigt.

6) Die Vermischung der verschiedenen Gerichtssprengel in einander bewirkt den großen Nachtheil. Oefters, wie dies in Baiern der Fall ist, sind in einem Dorfe fünf besondere Gerichtsherrschaften.

b) Am nachtheiligsten wirkt die Patrimonialgerichtsbarkeit, wenn die Criminalgerichtsbarkeit mit ihr verbunden ist. Denn

1) ist schon der Gedanke, daß der Blutbann ein erbeigenthümliches Recht eines Gutsbesitzers ist, empörend.

2) Abgesehn davon, daß zu einem Criminalrichter ein Mann von vorzüglichen Kenntnissen und Geschicklichkeiten gehört, welche bei einem Patrimonialrichter gewöhnlich nicht angetroffen werden, so gestattet der wichtige Gegenstand der peinlichen Gerichtsbarkeit nicht, daß die Verwaltung einer physischen Person überlassen werde. Der Einwurf, daß durch Urtheilssprüche oder durch Versendung der Akten an ein auswärtiges Spruchcollegium dem Uebel abgeholfen werde [d]), verräth im Grunde schon das Eingeständniß der hier herrschenden Gebrechen.

3) Der Gerichtsherr steht mit seinen Unterthanen in einem so nahen Verhältniß, daß er bei der Verwaltung der Strafgerechtigkeit selbst ein Interesse hat, und hierdurch leicht ein Nachtheil entstehn kann.

4) Fehlt es dem Gerichtsherrn gewöhnlich an den Mitteln, welche die Ausübung der Criminalgerichtsbarkeit erfordern, als an wohleingerichteten Gefängnissen u. s. w. Der Gerichtsherr betrachtet die Gerichtsbarkeit als eine Erwerbsquelle, wo kein Ertrag zu erwarten ist, dahin wird auch die Vorsorge um der Gerechtigkeit willen nicht erstreckt; daher es denn auch kommt, daß die Patrimonialrichter sich wenig um die Entdeckung der Verbrechen und ihrer Urheber bekümmern.

Hiermit stimmen überein: Mylius (Diss. de privat. iurisdict. ob eius abusum. Lps. 1755.), ein Ungenannter (Unterricht eines alten Beamten an junge Beamte, Kandidaten und Praktikanten. Linz 1787.), Püttmann (Lib. 1. advers. c. 12.), ein Ungenannter (Ueber den Werth und die Folgen der ständischen Freiheiten in Baiern 1797.), Müller (Diss. de iurisdictione criminali tollenda. Vit. 1801.), Hübner und

Tittmann (Bibliothek kleiner jurist. Schriften B. III. Heft 3. S. 324.), Haller (a. a. O. §. 58. 59.), v. Spaun (Abh. vom Eigenthum. München 1831.), Haubold (a. a. O. §. 266.), Müller (die letzten Gründe wider alle Eigenthumsgerichte. Neustadt a. O. 1826.). Auch ist sie in mehrern Ländern ganz aufgehoben, als in Würtemberg (General-Rescript v. 10. Mai 1809.), in Anhalt-Cöthen (organisches Decret v. 28. Dec. 1810.), in dem ehemal. Großherz. Berg (Decret v. 18. Jan. 1812.), so wie in dem ehemal. Königreich Westphalen (Moniteur univers. 1812. n. 19.), Großh. Baden (Verord. v. 1. Juni 1813.), Herz. Braunschweig. In andern Ländern ist sie zwar noch beibehalten, aber sehr beschränkt worden, als im Königr. Hannover (Landtagsbeschluß v. 1821. und Patrimonialgerichtsord. v. 13. März 1821.), in Baiern (Verf.-Urk. Beil. VI. Edict über die gutsherrl. Rechte und die gutsherrl. Gerichtsbarkeit.). Wegen anderer Länder s. Rehberg (über den Adel Kap. 2.).

Dagegen behaupten Andere, als **Malleus ferneus Anonymus hostis regis et legis** (Antwort auf das vortreffl. Schreiben des von Spaun. Germanopolis 1822.), daß die Aufhebung nicht erfolgen könne, weil

1) dies ein Eingriff in ein wohlerworbenes Recht der Gerichtsherren sein würde.

Allein da die Veränderlichkeit positiver Gesetze unbedingte Nothwendigkeit zur Erreichung des Staatszwecks ist, so kann auch ein wohlerworbenes Recht nicht ewig fortdauernd und unabänderlich sein, es ist immer nur durch die Dauer des Gesetzes, aus welchem solches entstanden, bedingt, und mit demselben veränderlich. Wenn demnach eine Aenderung oder gänzliche Aufhebung eines Gesetzes zur Beförderung des Staatszweckes durch die Vernunft als nothwendig geboten wird, so kann auch dieses Gesetz wirklich geändert oder aufgehoben werden, und mit der Aufhebung müssen auch die aus ihm entspringenden Rechte aufhören. Daß die Patrimonialgerichtsbarkeit nachtheilig für den Staat wirkt, ist erwiesen, sonach ist es unbedenklich, daß sie aufgehoben werden kann. Ob nun der Gerichtsherr eine Entschädigung zu verlangen berechtigt sei, ist eine unten zu erörternde Frage.

2) Der Gutsherr hat solche durch einen rechtlichen und gültigen Titel erworben.

Gesetzt aber a) dies wäre wirklich, so wird dadurch noch keine absolute Unabänderlichkeit für die Patrimonialgerichtsbarkeit im Verhältniß zu einer mit Hinsicht auf den allgemeinen Staatszweck handelnde Gesetzgebung bestimmt. b) Macht die bloße Form einer Handlung ein Geschäft durch ihre Anwendung bei demselben noch nicht zum rechtsgültigen. Es kommt vorerst auf die Frage an: ob die Form des Rechtsgeschäfts (z. B. Kauf) bei dem bestimmten Gegenstande auch wirklich angewandt werden könne? denn ist derselbe seinen innern wesentlichen Merkmalen nach so beschaffen, daß er unter eine bestimmte Form von Rechtsgeschäften gar nicht gestellt werden kann, so entsteht durch die empirisch vorgenommene Anwendung derselben doch keine gültige Handlung. Es kann nichts nützen, wenn über einen absolut unveräußerlichen Gegenstand noch so viele Verträge auf Veräußerung desselben abgeschlossen werden. Gesetzt auch, das Geschäft wäre aus Irrthum eine Zeit lang als gültig anerkannt, und hätte seine Wirkungen geäußert, so folgt daraus noch nicht, daß es ungeachtet einer bessern Einsicht doch unantastbar noch fernerhin bestehe. Dies ist nun hier. Die Gerichtsbarkeit im Staate ist absolut unveräußerlich, nach unabänderlichen Vernunftprincipien, nach dem Geiste aller positiven Staatsverfassungen, und so viel nun immer Verträge über ihre Veräußerung abgeschlossen werden, so verliert sie ihren wesentlichen Charakter nicht. Die Gerichtsbarkeit kann eine Waare, nie ein Erbstück werden. Der Regent kann die Gerichtsbarkeit im Staate nicht veräußern. Der Erwerbart der Patrimonialgerichtsbarkeit durch Kauf gebricht es daher an zwei Erfordernissen, an einem veräußerlichen Object, und einem der Veräußerung fähigen Subject. Gegen die Rechtsgültigkeit dieser Erwerbart scheint auch noch das einzuwenden zu sein, daß über Rechte Dritter, nämlich der Gerichtseingesessenen, contrahirt wurde, welche ihre Einwilligung nicht gegeben haben. c) Beruft man sich auf die Verjährung, so ist auch dieser Grund unzureichend, indem gegen die oberste Staatsgewalt die Verjährung nicht schützen kann, dann die Hauptrequisiten der Verjährung fehlen, als ein verjährtes Object, — die Gerichtsbarkeit ist unveräußerlich — ein gerechter Titel — dieser mangelt bei usurpirten, ungesetzmäßig ausgedehnten, zum Nachtheil des Gemeinwesens an sich gebrachten Rechten — **bona fides** — wie können aber die Besitzer eines unrechtlichen, an sich staatswidrigen Instituts, wie die Patrimonial-

gerichtsbarkeit ist, nur einen Augenblick die Ueberzeugung gewinnen, daß dieses Recht nicht mit Unrecht ausgeübt werde?

3) Werden durch die Aufhebung die Adelsrechte geschmälert. Dagegen läßt sich mit Recht einwenden, daß ohne Patrimonialgerichtsbarkeit kein Adel vorhanden sein könne, und giebt es nicht viele Länder, wo keine Patrimonialgerichtsbarkeit vorhanden und dennoch ein Adel ist?

4) Würde, wenn man die Aufhebung gestattete, keine Sicherheit der Rechte und des Besitzes mehr Statt haben. Wenn man voraussetzen könnte, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit ein gerechtes, unschädliches, nie gemißbrauchtes, auf die rechtlichste Weise erworbenes, dem Staatszweck und der Rechtssicherheit sehr zuträgliches Institut sei, so würde dieser Einwand offenbar gegründet erscheinen.

Wenn nun gleich die Patrimonialgerichtsbarkeit nach den angegebenen Gründen aufzuheben ist, und von den Landesherren die Aufhebung wirklich geschehn kann, so werden doch diejenigen Gerichtsherren, welche durch landesherrliche Concessionen, durch besondere Käufe oder sonst durch einen rechtmäßigen Erwerbstitel die Gerichtsbarkeit an sich gebracht haben, auf eine Entschädigung Ansprüche zu machen berechtigt sein; und es läßt sich dagegen nicht einwenden, daß, weil die Gerichtsbarkeit nie das Privateigenthum des Gutsherrn geworden, er sich nicht beklagen könne, etwas von dem Seinen zu verlieren, wenn der Staat erklärt, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit aufgehoben sein soll.

Die Entschädigung kann übrigens nicht größer sein, als die für die Gerichtsbarkeit gemachte Auslage. Da diese aber selten auszumitteln, so sind die jährlichen Einkünfte aus der Gerichtsbarkeit nach einem Durchschnitt von 25 Jahren zu berechnen. Davon geht der Gehalt des Gerichtshalters und die etwaigen Kosten ab: der Rest macht dann den eigentlichen jährlichen Ertrag der Gerichtsbarkeit. Dieser wird zu Kapital angeschlagen und so die Entschädigungssumme regulirt werden.

d) Uebrigens ist die Frage: ob er dazu verbunden? bestritten. Pufendorf Observ. T. II. obs. LXIX.

II. Abtheilung.

Von den besondern Verhältnissen der Bauerngüter.

---

§. 696. (M. §. 428. 429.)

Zum Begriff eines Bauernguts wird erfordert, daß es den bäuerischen Lasten unterworfen ist.

Westphal (d. Privatrecht B. II. S. 242. §. 4.) sagt: Bauerngut ist ein solches Gut oder Land, das zum Ackerbau und Viehzucht bestimmt, und zugleich auch den Steuern und Bauer-Beschwerden unterworfen ist: darunter sind Grundzins und Dienste oder Frohnen zu verstehen.

Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 109.) bestimmt den Begriff dahin, daß es ein Gut sei, zum Ackerbau und der Viehzucht bestimmt, welches nicht nur den gemeinen und gewöhnlichen Landsteuern und Hoheitsdiensten unterworfen, sondern auch insonderheit zu gutsherrlichen Abgaben und Frohndiensten verpflichtet sei.

Mittermaier (a. a. O. §. 429.) sagt: Bauerngut im heutigen Sinne ist ein von einem dem Bauernstande angehörigen Besitzer selbst bewirthschaftetes, allen bäuerischen Lasten unterworfenes Gut, und fügt in der Note 1. hinzu: der bloße Umstand, ob ein Gut den gemeinen öffentlichen Lasten unterworfen ist, giebt kein Kennzeichen eines Bauernguts, am wenigsten für die neuere Zeit.

Geht man diese Begriffe nur mit einem flüchtigen Blick durch, so findet man die große Verschiedenheit.

Der von Westphal angegebene scheint mir der richtigere. Doch könnte das Wort Steuern wegbleiben.

Das charakteristische Zeichen eines Bauerguts besteht

1) darin, daß es zur Landwirthschaft und Viehzucht bestimmt ist, doch nicht allein, weil dies auch ein städtisches sein kann; es gehört ferner noch dazu,

2) daß es den bäuerischen Lasten unterworfen ist, worunter Grundzinsen und Dienste verstanden werden.

Unrichtig ist es in dem Begriff

1) Steuern, indem diesen als gemeinen öffentlichen Lasten der Regel nach alle Güter unterworfen sind.

2) Gutsherrliche Abgaben, da es ja auch freie Bauerngüter giebt, die keiner Gutsherrschaft unterworfen sind [e]);

3) daß der Gutsbesitzer ein solcher sei, der zum Bauernstand gehört: denn es kann jemand ein Bauerngut besitzen, der von Adel oder einem andern Stande ist. Zum Begriff eines Bauern gehört, daß er sich unmittelbar mit der Landwirthschaft und Viehzucht beschäftigt, und Mitglied der Dorfgemeinde ist.

e) Posse in Abh. z. d. PR. Heft 1. S. 14. bemerkt, wenn gleich der Bauer in mehrern Gegenden Deutschlands aus der Hörigkeit zur persönlichen Freiheit gelangt ist, so besitzt er doch seine unbeweglichen Besitzungen, auf welche sich der Begriff von Bauer stützt, nicht eigenthümlich, sondern als Leiche von dem Gutsherrn gegen Dienste und Abgaben; in manchen Ländern besitzen zwar in der Regel die Bauern ihre Ländereien eigenthümlich, und die gutsherrlichen Forderungen haften auf diesen als dingliche Lasten (Zinsbauern). Dies ist aber nur ein Beweis (der sich ziemlich vollständig für jedes dieser Länder führen läßt), daß der unrichtige Gebrauch des römischen Rechts dieses unnatürliche Verhältniß der Bauern in das praktische Recht gebracht hat. — Dagegen läßt sich aber mehreres mit Grunde einwenden; s. Deutrich Comm. iur. Saxonici de origine, fatis et natura dominii in praedia rustica. Lps. 1805.

§. 697. (M. §. 430. Note v.)

Von dem römischen Recht kann nur eine sehr beschränkte Anwendung auf bäuerische Verhältnisse Statt finden.

s. Th. I. §. 45.

§. 697. a) (M. §. 430. Note 1.)

Aus der ungleichen Zinsentrichtung kann noch nicht gegen die Eigenschaft eines Bauernguts vermuthet werden.

Da der Gutsherr zum Nachtheil des Colonen den Zins nicht erhöhen darf, so haben Einige, als Struben (de iure villic. C. 4. §. 2.) und Buri (Erläuter. des Lehnrechts S. 1144.), angenommen, daß alsdann, wenn eine Verschiedenheit bei Entrichtung des Zinses sich ergebe, jederzeit zu vermuthen, daß das Gut kein Colonats-, sondern bloßes Pachtgut sei. Das Wort Zins bezieht sich eher auf ein Colonat, als auf ein bloßes Pachtgut. Kommt nun noch hinzu, daß bemerkt ist, er sei alljährlich entrichtet worden, so ist die Vermuthung für das Dasein eines Bauernguts, weil bei Pachtgütern nicht auf ein Jahr, sondern auf mehrere verpachtet wird. Hiermit stimmt auch überein Pufendorf (Observ. T. II. obs. CXCVII.).

§. 697. b) (M. §. 430.)

Von der Entrichtung des Weinkaufs kann noch nicht auf das Dasein eines Pachtguts geschlossen werden.

So wie schon Eberhard (in den Abh. zur Erl. d. Rechte n. 2.), dann Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 111.) bemerken, ist es ein großer Fehler, wenn man von Benennung eines Guts auf die Qualität desselben schließen will; aber eben so unrichtig ist es, wenn man von einer Abgabe auf die Qualität des Grundstücks schließen will. Der Weinkauf wird zwar gewöhnlich bei Uebertragung eines dinglichen Rechts an dem Gute entrichtet, aber bisweilen bedingen sich auch die Verpächter solchen aus, sonach kann die Vermuthung, da der Weinkauf entrichtet ist, nun ein Meiergut zu vermuthen sei, nicht Statt haben. Es ist zwar in Zweifel, eher für eine Pacht, als für eine Erbpacht zu vermuthen (Mevius P. IX. Dec. 74. Hertius Vol. I. Resp. 73. n. 3.), allein bei Bauerngütern findet hiervon eine Ausnahme Statt, weil sie größtentheils zu Meierrecht besessen werden, und des gemeinen Besten halber die Pachtgüter der Meierleute durch Landesgesetze in Meiergüter sich verwandelt finden, indem sonst die darauf gelegten Lasten nicht erfolgen konnten.

Diese richtige Meinung vertheidigen Estor (kleine Schriften B. 1. n. III.), Struben (rechtl. Bedenken B. 2. n. LIII.).

§. 698. (M. §. 431.)

Die Lagerbücher sind von den libris censualibus der Römer wesentlich unterschieden.

Leyser (Ius georg. L. 3. c. 6. n. 22.) behauptet, daß die ganze Einrichtung der Lagerbücher aus dem römischen Recht zu erklären sei (L. 4. D. de cens.), sich auf Mevius und Berger berufend. Allein wenn gleich letzterer dieser Meinung ist, und noch zur Unterstützung den RA. v. 1544 anführt, so dient doch ersterer nicht als Gewährsmann, indem dieser nur behauptet, daß die wirkliche Zahlung der Abgaben alsdann noch überdies zu erweisen sei, wenn das Lagerbuch wider jemanden vorgebracht würde, welcher sich im Besitz der Freiheit von dieser Abgabe befindet.

Daß nun jene Meinung ganz ungegründet sei, ergiebt sich aus dem wichtigen Unterschied zwischen den Lagerbüchern und den libris censualibus. Denn

1) beziehn sich jene blos auf unbewegliche Güter, diese auf das ganze Vermögen;

2) jene beschreiben die Lage, Ackergehalt, Nachbarn u. s. w., diese den Ertrag, wonach der Census bestimmt wurde;

3) jene werden bei veränderten Besitzern und bei neuen Ausmessungen erneuert, diese wurden aller fünf Jahre berichtigt.

Mit Gewißheit läßt sich der Ursprung der Lagerbücher nicht angeben, doch scheinen sie erst zu der Zeit aufgekommen zu sein, wo die Steuerregulirung der Grundstücke erfolgte. Es kommen zwar schon frühzeitig Bücher vor, in welchen ein Verzeichniß der Abgaben enthalten ist, allein diese sind keine Lagerbücher, sondern Privatverzeichnisse der Gutsherren. So heißt es in einer Urkunde v. 1337. (Recueil des ordon. des roix de France. Vol. XII. p. 540.) Poterit (nämlich der Gutsherr) probare per rotulum suum antiquum, una cum nuntio suo levatore et cum iuramento super hoc per dominum et levatorem praestando, quod sibi dicti reditus debentur, et sic per dictum feodatarium usitatum est persolvi, et non dabitur libellus, sed summarie et de plano super his procedet. Daß hier von einem Privatverzeichniß die Rede ist, ergiebt sich aus den Worten per rotulum suum, und daraus, daß der Gutsherr und der Zinserheber es noch beschwören sollen, dann soll ein summarisches Verfahren Statt finden und de plano (man denke an den römischen Prätor) entschieden werden.

Diese richtige Meinung vertheidigt Claproth (theor. prakt. RW. §. 54. S. 110.).

§. 699. (M. §. 431.)

Die Lagerbücher sind als gemeinschaftliche Urkunden anzusehn und müssen edirt werden.

Die Lagerbücher enthalten eine Beschreibung der Besitzer der Grundstücke, die Lage, Größe u. s. w. der letztern, und die denselben zustehenden Rechte und die Abgaben, welche auf denselben haften. Sollen sie vollen Glauben verdienen, so müssen sie unter öffentlicher Auctorität mit Zuziehung aller Interessenten verfertigt und von letztern die darin verzeichneten Rechte und Obliegenheiten freiwillig anerkannt sein. Das Interesse der Unterthanen ist daher an solchen Büchern unverkennbar; und da sie in communem plurium utilitatem errichtet worden, so sind sie auch ratione

constitutionis documenta communia. Dergleichen Instrumente müssen aber edirt werden: L. 4. §. 1. D. de edendo: aequum enim est, quod mea caussa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi: selbst der Fiscus ist dazu verbunden (L. 7. de edendo). Hiermit stimmen überein: Canz (de probabilitate iuridica §. 166.), Martens (de instrumento communi eiusque editione. Goett. 1773.), Claproth (a. a. O. §. 52.), Bülow und Hagemann (Erört. B. 1. n. XIV.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht S. 17. not. ***). Das Gegentheil wird angenommen von Carpzov (Part. I. const. 16. Def. 25.), Brunnemann (Process. civil. l. 19. n. 1.), Harpprecht (Cons. 60. n. 134.), Klügel (Diss. Quo processus genere ex libro censuali agendum sit? Vit. 1768.), Pufendorf (Obs. T. 1. obs. 35.), zum Theil auch von Struben (rechtl. Bed. B. II. n. 86.), s. a. Kind (Quaest. for. III. q. 42. ed. 1.).

§. 700. (M. §. 432.)

Ein freies Bauerngut kann nur dasjenige genannt werden, worauf die Verbindlichkeit zur Dienstleistung oder Entrichtung von bäuerischen Abgaben nicht ursprünglich gelegen ist.

Ganz unrichtig ist es, wenn das Wort frei bezogen wird

1) auf die Freiheit des Besitzes; wie Estor (kleine Schriften B. 1. n. III.) dies bemerkt: es bezieht sich blos auf die Befreiung von bäuerischen Lasten und Diensten, die dem Gutsherrn geleistet werden.

2) Wenn es bezogen wird auf Befreiung von der gewöhnlichen Gerichtsbarkeit, denn daß freie Bauern immer schriftsässig oder einem besondern Gericht unterworfen sind, ist particulären Rechtens. Jenes unter andern in der Mittelmark (Stengels Beitr. II. S. 4.), dieses in Wolfenbüttel, Hildesheim (v. Selchow braunschw.-lüneb. Privatrecht §. 210.).

3) Wenn Bauern, welche ein freies Bauerngut besitzen, dennoch gewisse Dienste zu leisten oder einen Zins zu entrichten haben, so entsteht dadurch noch nicht ein nicht freies Bauerngut, wenn sich nämlich findet, daß die Verpflichtung einen ganz andern Grund hat, als das gutsherrliche Verhältniß.

Hiermit stimmen überein: v. Selchow (a. a. O.), Danz (Hdb. d. d. PR. B. 5. S. 335.), Haubold (sächs. PR. §. 459.).

§. 701. a) (M. §. 433.)

Der Behandigte oder Besitzer eines Hobs- und Behandigungsguts hat nicht die Befugniß, das Gut ohne hobsherrliche Einwilligung und Vergünstigung zu veräußern.

Die sogenannten Hobs- und Behandigungsgüter, welche in Westphalen, Stift Essen, Grafschaft Mark, Ahremberg vorkommen, sind Bauerngüter, welche zweien dergestalt verliehn werden, daß der eine zum Besitz des Guts kommt, solches auf seinen nächsten Erben überträgt, und nach Absterben seiner Familie der Mitbeliehene oder seine Erben das Gut erhalten [f]).

Sie haben ihren Namen von der eignen Art Belehnung und Uebergehn von einem Beliehenen auf den andern [g]).

Diese Güter mögen nun für uneigentliche Lehen gehalten werden, wie Cramer (a. a. O.) bemerkt, oder für Erbzinsgüter, wie Estor (in deutschen Rechtsgel. Th. 3. §. 1924.) und v. Selchow (Diss. de differentiis praed. rust. et feud. §. 3.) annehmen, so muß zur Veräußerung der hobsherrliche Consens vorhanden sein, indem die Natur der Güter solches mit sich bringt. Denn ex providentia primi adquirentes steht allen Abkömmlingen des Besitzers ein erworbenes, vollkommenes Recht zu, das ihnen von dem jedesmaligen Inhaber nicht entzogen werden kann. Daß er bei einer nothwendigen Veräußerung, wenn Concurs über das Vermögen des Besitzers ausbricht, nicht hinzu zu kommen braucht, versteht sich von selbst, indem dies bei Lehen und bei den Erbzinsgütern auch der Fall ist. Mit dieser richtigen Meinung stimmt überein Lünig Corp. iur. feud. T. I. p. 2001., das Berliner Obertribunal (in Hymmens Beitr. a. a. O. S. 385.). Das Gegentheil wurde von der Clevischen Regierung angenommen (Hymmen a. a. O.).

f) Buri von Bauerngütern S. 779. Cramer wetzl. Nebenstunden Th. 9. S. 119—172. Hymmens Beitr. B. 3. S. 381. v. Selchow Elem. iur. germ. §. 284. (404.)
g) Winkopp rh. Bund St. 17.

§. 701. b) (M. §. 433.)

Die Hofischen Güter sind wesentlich von den Huben oder Hufengütern unterschieden.

Schilter (de curiis dominicalibus vulgo v. Dinkhofen Arg. 1691. und Comment. ad ius feud. al. p. 548.) und Meinder (de iurisdict. colon. et curiis dominicalibus.

Lemgo 1713.) sind zwar der Meinung, daß die Hofischen Güter mit den Huben oder Hufengütern ganz gleich sind, allein diese Meinung ist unrichtig. Denn letztere sind diejenigen, welche ein Huben, Huffner, d. h. ein Bauer, der eine bestimmte Anzahl Aecker hat, besitzt; auch kommen sie, wie Estor (bürgerl. Rechtsgelehrs. Th. III. §. 1939.) bemerkt, unter verschiedenen Benennungen vor. Richtiger ist die Meinung Eberhards (in der 3. Abh. zu Erläut. d. d. Rechts n. IV.) [h]).

Die Hofischen Güter, welche in mehrern Gegenden, im Hanauischen, Mainzischen, Isenburgischen, auch im Frankfurtischen, vorkommen, sind erblich unwiderrufliche Güter, deren Besitzer das nutzbare Eigenthum zusteht, der dem Oberherrn zur Treue, zur Entrichtung eines Zinses und Diensten verbunden, so wie bei Erneuerung des Leich zur Entrichtung eines Besthaupts, übrigens aber einem besondern Gericht (Dinghof, Hubending, hofisch Gericht) unterworfen ist.

h) Dieser hat sehr ausführlich von der Natur dieser Güter gehandelt. Da die Lehre aber zu particulär, ist sie hier nicht weiter zu erörtern.

§. 702. a) (M. §. 434.)

Zwischen Bauerngütern und Lehen ist ein wesentlicher Unterschied.

Carstens (Lib. de succ. villicali in ducatu Luneburg. Goett. 1763.) und Pufendorf (Observ. T. I. obs. 86. T. II. obs. 64. T. III. obs. 26.) behaupten zwar, daß zwischen Bauerngütern und Lehen, vorzüglich was die Succession betrifft, kein Unterschied Statt finde; allein mit Recht nehmen v. Selchow (de differ. praedior. rusticorum et feudalium in Elect. iur. germ. Exerc. VII. p. 387—438.) und Weber (Handb. des Lehnrechts Th. II. S. 11 u. s. f.) das Gegentheil an.

Denn wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß Bauerngüter und Lehne mehrere Aehnlichkeiten in Hinsicht der Verleihung, des Laudemiums, der Prästation der Dienste, Benutzungsrechts, auch selbst in Ansehung der Erbfolge haben, so weichen sie doch wesentlich von einander ab. Denn

1) die Investitur giebt noch keinen Beweis für die Lehnbarkeit der Güter, indem nach älterm deutschen Recht die Investitur bei der Uebertragung des Eigenthums überhaupt gewöhnlich war;

2) Laudemium wird auch bei der Emphyteuse entrichtet, und so auch häufig bei Bauerngütern bei der Annahme eines neuen Besitzers.

3) Das Verhältniß, in welchem der Vasall zum Lehnsherrn steht, ist ganz von anderer Art, als das, in welchem sich der Besitzer des Bauernguts gegen die Gutsherrschaft befindet. Jener ist zur besondern Treue verbunden, nicht so dieser, er ist zur Kriegsleistung verbunden, nicht dieser.

4) Wenn die Testamentifaction der Bauern in mehrern Provinzialgesetzen beschränkt ist, so ist nicht die Lehnbarkeit der Grund, sondern das beschränkte Eigenthum an diesen Gütern. Eheliche Leibeserben succediren in den Bauerngütern der Regel nach, worunter männliche und weibliche Erben zu verstehn sind, in den Lehnen kommen der Regel nach blos Mannspersonen zur Succession. Wenn nach manchen Provinzialgesetzen nur einer, der älteste oder der jüngere Sohn, zur Folge kommt, so ist davon die Untheilbarkeit der Güter und die auf denselben haftende Frohnpflicht der Grund, wenn, was meistentheils der Fall ist, die Ascendenten von der Erbfolge ausgeschlossen sind, so ist ein ganz anderer Grund der Ausschließung, als wie bei den Lehnen. Die Seitenverwandten kommen zur Folge, wenn sie auch nicht von dem ersten Erwerber abstammen, nicht so in den Lehnen. Die Weiber kommen zur Folge, wenn Gütergemeinschaft Statt hat, nicht so in Lehnen.

5) Der Name Lehn thut nichts zur Sache, und da die Lehnsqualität nicht zu vermuthen ist, so können dergleichen Güter nicht als wahre Lehne angesehn werden. (Runde d. PR. §. 525.)

6) Wollte man die Grundsätze des Lehnrechts von der Succession auf die Bauerngüter anwenden, so würde dies für den Gutsherrn sehr nachtheilig sein. Denn

a) würde man leicht veranlaßt werden können, auch nach andern Bestimmungen des Lehnrechts die Bauerngüter zu beurtheilen, bei Contrahirung der Schulden die Einwilligung der Agnaten verlangen, die Schulden des Verstorbenen nicht übernehmen wollen, die Succession ins Lehen mit Ausschlagung des Allodiums fordern, und die Behauptung aufstellen, daß sie nicht ohne Consens der Agnaten in neue Frohnen und Abgaben hätten einwilligen können.

b) Erschwert, die Lehnssuccession auf Bauerngüter angewandt, die Freiheit im Heirathen, und giebt zu einer Menge Streitigkeiten die Veranlassung.

§. 702 b).

Bauernlehne sind uneigentliche Lehne, nicht aber Zins= und Beutel=Lehne.

Ein uneigentliches Lehn ist ein solches, bei welchem die natürlichen Eigenschaften der Lehne eine Veränderung erhalten haben; eigentliche, bei denen die natürlichen Eigenschaften der Lehne vorhanden sind. (Böhmer princ. iur. feud. §. 39.) nicht wie v. Braun (Abh. von uneigentlichen Lehnen in Zepernick Samml. z. LR. III. N. 10.) annimmt, daß ein uneigentliches Lehn ein solches sei, bei welchem in Hinsicht der wesentlichen Eigenschaften etwas geändert ist, denn dann würde es kein Lehn mehr sein. Bei den Bauernlehnen findet sich aber, daß von den natürlichen Eigenschaften der Lehne die meisten fehlen. Denn

1) sind zur Erwerbung derselben auch solche Personen fähig, welche lehnsunfähig sind. So bestimmen einige Particulair=Gesetze, daß nur Bauern solche Güter erwerben können (Schott Inst. iur. Saxon. L. 1. sect. II. c. III. M. III. §. 25.). Weiber können solche erwerben; Lehne der Regel nach nicht. Gebrechliche, Gemüthskranke können solche erwerben, welche von der Lehnsfolge ausgeschlossen sind.

2) Wenn gleich eine Lehnwaare entrichtet wird, so ist solche doch wesentlich von der, welche bei den Lehnen zu entrichten ist, unterschieden, und fast ganz mit der gleich, welche bei Erbzinsgütern herkömmlich ist. (Kästner de laudemio. Lps. 1731. Ebend. Diss. de laudemio de casa ad casam non extentendo. Lps. 1734.) Die Bauernlehne werden nicht mit Ritterpferden verdient, und sind von Steuern und Abgaben nicht frei, gewöhnlich müssen Frohnen und andere bäuerische Abgaben entrichtet werden.

3) Wenn nicht in dem Lehnbrief oder durch die Observanz die Lehnsfolge bestimmt ist, hat sie nicht statt. Sie gehen auch auf Seitenverwandte, wenn sie gleich nicht von dem ersten Erwerber abstammen.

4) Die Vererbung hat der Regel nach statt, wenn sie keine Falllehne sind. (§. 706 b). Hiermit stimmen überein: Hommel (Rhaps. Vol. III. obs. 485. 578.) Zachariä, (Churf. LR. Anhang b) von nicht adeligen Lehnen §. 8. u. s. f.), Mittermaier (a. a. O.). Dagegen nehmen Andere, als Cocceji (de eo quod iustum est circa rusticos in materia feudali.),

Püttmann (Elementa iur. feudalis §. 120.), Danz (Handb. d. t. PR. §. 525.), Weber (Handb. d. LR. Th. II. S. 15.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 111.), Haubold (Sächs. Privatrecht §. 461.) an, daß sie eigentliche Lehne sind.

Mit den Bauernlehnen dürfen 1) die Zinslehne nicht verwechselt werden, denn diese sind als eigentliche Lehne zu achten, indem anstatt der eigentlichen Lehnspräſtationen ein Zins entrichtet wird, sonst aber die Natur des Lehns unverändert ist[i]). Püttmann observat. n. 14., Schorch de feudis censuum in opus. n. 1., v. Braun a. a. O. n. III. §. 24., hält es für ein uneigentliches Lehn). 2) Die Beutellehne, indem auch diese wahre Lehne sind, nur daß anstatt des Laudemiums in Veränderungs-Fällen ein gewisses Geldquantum nach dem Werth des Grundstückes gegeben wird; so nach auch von Zinslehnen zu unterscheiden sind, indem die Abgabe bei denselben jährlich, bei jenen aber blos in Veränderungsfällen erfolgt. (Engau de feud. bursaticis in Ienichen Thes. iur. feud. T. I. p. 1069., v. Kreitmeier Anmerk. zum Cod. Max. Th. V. S. 6. §. 4., v. Braun a. a. O. XVI. §. 84.

3) Das Schulzenlehn, ein wahres Ambachtslehn, wo das Schulzenamt verliehn wird; nicht wo ein Gut zu Lehn gegeben wird, wegen Verwaltung des Schulzenamts. (v. Braun, a. a. O. n. XXVI. §. 106., hält letzteres für ein Schulzenlehn, welches aber unrichtig ist. Weber a. a. O. B. 2. S. 320., s. a. Wildvogel, Struv de feud. scult., und v. Wersebe Ueber die niedersächs. Colonieen, welche im nördlichen Deutschland im XII. Jahrh. gestiftet worden. B. II. Ab. X. S. 1001 — 1023.)

i) Wenn anstatt der ursprünglichen Lehndienste ein Zins entrichtet wird, so ist kein Zinslehn vorhanden. Danz Handb. der t. PR. B. 5. S. 357.

§. 703. (M. §. 435.)

Die Erbzinsgüter sind von der Emphyteuse wesentlich unterschieden.

Schilter (Diss. de bonor. laudem. §. 48.), Wencker (apparatus archiv. p. 30.), Höfer (Unterricht von verschiedenen Gattungen der Allodialgüter. Waldenburg 1727., Eben Com. quod iure germanico inprimis Elect. Saxonici inter bona emphyteutica et censitica nulla differentia intercedat. Waldenburg 1728.), de Post (de origine et natura iuris censitici

hereditarii germ. Goett. 1789. §. 5.), Haubold (Sächs. PR. §. 459.) sind zwar der Meinung, daß zwischen der deutschen Erbzins und römischen Emphyteuse kein Unterschied sei, welche aber mit Recht von Andern, als Kreitmeier (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4. S. 390. §. 2.)[k]), Höpfner (Comment. über d. r. Just. §. 904.), Danz (Handbuch d. t. PR. B. 5. §. 506.) Repertorium d. ges. pos. Rechts (voc. Erbzinscontract), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 112.), verworfen worden ist. Denn

1) ist der Gegenstand der Emphyteuse ein Grundstück, welches jemandem zur Bebauung übergeben wird; zum Erbzins können aber auch fruchtbare Grundstücke, auch Häuser, gegeben werden. (Denecke Dorf- und Bauernrecht. Lib. 3. c. 1. §. 7., Gabke Dorf- und Bauernrecht §. 149.). Dies hat auf die Schatzung des Guts großen Einfluß.

2) Der canon hat bei der Emphyteuse die Natur eines Bekenngelds, bei der Erbzins nicht blos letztrer, sondern auch die der Vergeltung gewonnener Früchte. Der canon besteht bei jener in einer Kleinigkeit, bei dieser in einem Theil der Früchte, in Gilden. Nach diesem Unterschied richtet sich auch die Frage: ob der Besitzer eine Remission des Zinses fordern könne? (Pr. LR. Th. I. tit. 18. §. 758. C. Max. Th. 4. C. 7. §. 9. n. 9. Novellen z. bai. Landrecht S. 457.)

3) Bei dem Erbzinsvertrag wird Verbriefung erfordert; diese ist bei der Emphyteusis mit Ausnahme der Geistlichen (Nov. 120. c. 5.) nicht wesentlich.

4) Die Erbfolge bei der Erbzins hat viele Aehnlichkeit mit der Lehnsfolge, nicht so bei der Emphyteuse.

5) Bei jener wird die Lehnwaare fast in gleichen Fällen, wie bei den Lehnen in Geld und in Naturalien entrichtet, bei dieser bei der Veräußerung zwei pro Ct. vom Werth des Guts.

6) Bei jener können durch Pfändung, Strafe (Rutscherzins) die säumigen Zinsleute zur Entrichtung des Zinses angehalten werden, bei dieser ist der Erbzinsherr berechtigt, wenn der Besitzer bei der weltlichen Emphyteusis dreimal, bei der geistlichen zweimal nicht den Zins entrichtet, auf die Entsetzung anzutragen.

Was die Frage betrifft: ob die Emphyteuse oder Erbzinsgut zu vermuthen sei? so läßt sich solche im Allgemeinen nicht beantworten, sondern es kommt auf den Inhalt der Verleihung, auf die Art der Leistung, auf die Zeit, wo die erste Verleihung ge-

schah, auf die Gewohnheit der Gegend an. Doch da die Natur der Erbzins die Regel ist, und eine Umwandlung derselben nicht vermuthet werden kann, so muß derjenige, welcher behauptet, daß eine Emphyteuse vorhanden, den Beweis führen. Nur in ehemaligen geistlichen Ländern kann eine Ausnahme gemacht werden, indem in diesen die Verwandlung der Erbzins in eine Emphyteuse gewöhnlich erfolgte. Aus der bloßen Benennung: Erbzinsgut, Bezahlung der Lehnwaare, Verbindlichkeit zur Melioration und Conservation, läßt sich aber keineswegs die Veränderung annehmen. Kind (Quaest. for. T. I. n. 98), Fischer (Cameral- und PolizeiR. B. 2. §. 1226.), bemerkt, daß, wenn die rechtliche Beschaffenheit eines Bauernguts ungewiß ist, zuerst Erblehn, dann römische Emphyteusis und zuletzt ein bloßes Zinsgut zu vermuthen sei. Zu den Erbzinsgütern gehören in Baiern die Erbrechtsgüter, mit denen in neuern Zeiten wichtige Veränderungen vorgegangen sind. (v. Bachiery, von dem gefreiten Erbrecht in Baiern. München 1789.)

k) Er bemerkt, daß hier alles verwirrt sei, und daß man mit Gundling sagen könne, es wäre so, wie mit der englischen Nation, welche weder katholisch, noch lutherisch, noch calvinisch, sondern aus allen dreien gemischt sei.

§. 704. a) (M. §. 436.)

Der, dem ein erbliches Colonat am Gute zusteht, ist weder als nutzbarer Eigenthümer noch als Pachter zu betrachten.

Struben de iure villicor. c. 2. Ebend. rechtl. Bedenken B. IV. n. 90.), Grupen (disceptation p. 1053.), Gesenius (Meierrecht B. II. S. 108.) sind zwar der Meinung, daß, wenn auch dem Colonus ein Erbrecht am Gute zustehe, er doch nur wie ein Pachter zu betrachten sei, weil durch Erlangung des Erbrechts sich die übrigen Befugnisse nicht vermehrt hätten, wenn man nicht jedem Erbpachter ein Eigenthum an der gepachteten Sache ob praesumtum pactum locationi adiectum beilegen will. Allein aus bessern Gründen haben andere, als Lennep (v. Landsiedelrecht Tit. 9. §. 15.), Estor (kleine Schriften Th. I. S. 244.), Kästner (de erronea D. D. opinione: per locationem ad longum tempus factam utile transferri dominium. Lps. 1743.), Schlemm (de discrimine inter locationem conductionem romanam et germanicam, in specie contractum villicalem 1778.), v. Selchow (Elem. iur. germ. §. 244 (365.),

Danz (Handb. d. d. PR. §. 527.) und Mittermaier (a. a. O.), das Gegentheil angenommen, und legen dem Erbpächter zwar kein dominium utile bei[l]), doch ein Recht, welches mehr als ein römischer Mißbrauch begreift, wonach ihm das Recht zukommt, alle gewöhnlichen und außerordentlichen Früchte zu ziehn, selbst Veränderungen mit dem Gute vorzunehmen, solches jedoch nur mit Einwilligung des Gutsherrn zu veräußern, solches auf seine Nachkommen zu vererben, so daß die Kinder, welche nicht zur Succession kommen, eine Abfindung erhalten: übrigens aber eine willkührliche Entsetzung nicht statt hat.

Noch andere sind der Meinung, daß im Allgemeinen sich hierüber nichts bestimmen ließe, sondern daß alles nach der Verfassung einer jeden Provinz, worin dergleichen Güter liegen, zu beurtheilen sei. Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 114.)

Letztere Meinung hat gewiß den Vorzug vor den übrigen: denn wie verschieden sind nicht die Güter, welche man gewöhnlich zu diesen zählt: Erbpachtsgüter[m]), Erbleichen, Vogtei-, Meiergüter[n]).

l) Womit auch Landesgesetze übereinstimmen: Vermöge der Const. v. 1699. soll im Lüneburgischen und Hoyaischen der Colonus an den von seinen Voreltern herrührenden Gebäuden und Pertinenzen des Hofes nichts Eigenes haben.

m) Daß die Erbpachtgüter bei den Hebräern schon gewöhnlich gewesen, hat Michaelis im mosaischen Recht B. II. S. 51. §. 77. hinlänglich widerlegt.

n) Roi, im Archiv d. c. Praxis B. VI. S. 418. bemerkt: ob ein dominium utile oder ein quasi dominium iuris anzunehmen, kann zweifelhaft sein, z. B. beim Meierrecht. Im Herz. Braunschweig wird dem Meier ein dom. utile abgesprochen (Landtagsabsch. v. 3. Juni 1597), und ihm nur ein ususfructus beigelegt; hier bleibt nichts übrig, als sein Recht als ein dominium iuris zu betrachten. Der Umstand, daß der Meiercontract eine locatio sei, kann a priori nichts entscheiden, denn das römische dominium utile kommt gerade auch bei einer locatio — der Emphyteusis und Superficies — vor.

§. 704.[b]) (M. §. 436. n. 4.)

Bei Erbleichgütern findet die gewöhnliche Verjährung statt.

Erbleichen sind Güter, an denen jemanden ein erbliches Recht der Benutzung gegen eine jährliche Abgabe (Gült) übertragen ist. Wenn sie gleich den Namen Lehn haben, so sind sie keine Lehne (§. 702[b]); sie haben Mehreres mit den Erbzinsgütern gemeinschaftlich und sind schon vor Einführung der lateinischen Rechte in Deutschland vorhanden gewesen. Geht man von diesen richtigen Grundsätzen aus, so wird die Frage, ob bei Erbleichen die gewöhnliche Verjährung statt habe, bejahend ausfallen.

Es sind zwar Einige, Carpzov (P. II. const. 40.), de Ludolph (in Contin. I. obs. for. p. 312. 324.), Honhorst (Jahrbücher des großherz. bad. Hofgerichts Th. II. S. 194.) der entgegengesetzten Meinung, indem sie annehmen, 1) daß die Erbleich einem Lehn gleich zu achten, und da die mutua fidelitas fehle, es zwar nicht als feudum proprium, doch aber als ein improprium anzusehen sei; sonach 2) daß das longobardische Lehnrecht auf die Erbleichen Anwendung finde, nach welchem der Lehnsvertrag durch keine Verjährung untergehe (2 F. 9. §. 1. praescriptione autem 30 annorum dominus submovebatur, tam sciens quam ignorans) und dem Lehnsherrn zu jeder Zeit, wenn das Lehn als Allodium veräußert worden, das ius revocandi zustehe (II. F. 55. nullius temporis praescriptione impediente: II. F. §. 40. §. 1. licet domino — alienationes — nulla obstante praescriptione revocare) und gesetzt auch, daß man die Lehntexte dahin erklären wollte, daß die gewöhnliche Verjährung nicht statt habe, sondern blos eine unvordenkliche (Böhmer Exercit. V. 83. p. 367., vergl. Bezin kl. jurist. Schriften Heft 1., Weber Handbuch des Lehnrechts Th. IV. S. 438.), so würde sonach die gewöhnliche Verjährung auch bei Erbleichen nicht statt finden; womit denn auch 3) die Praxis übereinstimme.

Allein mit Recht wird diese Meinung von Andern, Rabe (de praescript. §. 88.), Runde (Gr. d. t. PR. §. 527.), Danz (Handb. d. t. PR. B. 5. §. 527.), Christ (Ueber Verjährung der Erblehen im Archiv f. Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherz. Baden, H. v. Duttlinger, Weiler u. Kettenacker B. III. H. 1. N. II.) verworfen. Denn 1) sind die Erbleichen von den Lehnen wesentlich verschieden, (Danz a. a. O. bemerkt, daß man zu bedenken habe, daß bei Lehnen allezeit die besondere Treue und Gewärtigkeit gelobt werde, daß sie in der Regel nicht durch Abgaben, sondern durch besondere Dienste verdient worden, eine förmliche Belehnung und Erneurung voraussetzen, welches alles bei den Erbleichgütern wegfalle,) und dürfen auch nicht mit den Erblehnen, welches wahre Lehne sind (Böhmer Princip. iur. feud. §. 130., Mertens Lehnrecht §. 135.), verwechselt werden. Sonach kann 2) das longobardische Lehnrecht auf die Erbleichen nicht angewandt werden, um so mehr auch, weil die angeführten Verordnungen desselben in dreifacher Beziehung besondere Gesetze sind, a) indem der ehemalige Reichdienst der besondere

Einführungsgrund ist; b) weil dasselbe dem allgemeinen Privatrecht gegenüber sich nur auf einen besondern Gesetztheil des Lehnrechts bezieht; c) weil es gegen die angenommenen Grundsätze von Verjährung anstößt. Wenn man die unbestrittenen Grundsätze der logischen ausdehnenden Erklärung zusammen hält, so wird man finden, ad a) daß kein Gesetz, welches wegen einer Nothwendigkeit hier ne expeditionis complementum minueretur eingeführt ist, ausdehnend erklärt werden dürfe, quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi (L. 162. D. de R. I.; ad b) jede Gesetzgebung aus sich zu erklären ist und erst dann, wenn der Buchstabe des Gesetzes und der Geist desselben schweigt, die Analogie der übrigen Gesetztheile zu Hülfe zu nehmen ist; und ad c) die Verjährung ein allgemeines Institut ist, welches auch die libri feudorum (II. F. 9. §. 1.) anerkennen, und nur als Erlöschungsmittel des Lehnvertrages aufgehoben haben, aber noch als Erwerbmittel fortbestehn lassen. (Böhmer Princ. iur. feud. §. 199.)

Ein Gesetz, welches einen allgemeinen Grundsatz aufhebt, muß streng erklärt werden. (In his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris L. 14 D. de leg. L. 141. D. d. r. i.) Die ausdehnende logische Erklärung beruht auf dem Grundsatz: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. Hierzu aber ist erforderlich, daß die Ausdehnung auf Gleichheit der völlig gewissen ratio legis, wozu jedoch nur Zweck oder Rechtsgrund gehören, sich stütze, also namentlich bei mehrern Gründen alle übereinstimmenden, daher denn auch bei iuribus singularibus unterbleibt (Thibaut, System d. PR. §. 49.).

3) Auf die Erbleichen ist das römische Recht, insbesondere die Grundsätze desselben von der Emphyteusis, anwendbar. Zur erlöschenden Klageverjährung werden nach jenen 30 J. erfordert, ohne daß eine bona fides vorhanden. (Mackeldey (Lehrb. d. Inst. §. 181 a) sagt: der Rechtsgrund dieser Verjährung liegt einzig und allein in dem gerichtlichen Nichthandeln des Berechtigten, daher kann es hier auf die bona fides des Verjährenden nicht ankommen.) Bei der Emphyteuse treten die Grundsätze der Verjährung ein. (Rave a. a. O. p. 59., Höpfner Comm. über d. Inst. §. 902., Mackeldey a. a. O. §. 355.). Wening-Ingenheim (Civilrecht B. II. §. 117.) sagt: Der Verlust der Emphyteusis durch Verjährung tritt nur als Folge der Ersitzung

des freien Eigenthums nach den Grundsätzen dieser ein, wenn ein Dritter, gegen den Eigenthümer und den Emphyteuta das Eigenthum verjährt.

4) Die vorher angegebenen Gegengründe 1 u. 2 sind durch das Gesagte hinlänglich widerlegt. Was den angegebenen 3. Grund betrifft, so ist es mit der Praxis in Deutschland ein ganz eigenes Ding. Wie wenig wissen die Gerichtshöfe von einander, wie mangelhaft sind die gedruckten Entscheidungen, wie verschieden die Gesetzgebungen der einzelnen Staaten, daher man sich in der That sehr verwundern muß, wenn man findet, daß sich so oft auf die allgemeine deutsche Praxis berufen wird, welche doch so oft nichts anderes, als die Sprache eines theoretischen Lehrbuchs ist.

§. 705. (M. §. 437.)

Die Erblichkeit allein würde den Gutsherrn nicht verhindern, das Landsiedelgut an sich zu ziehn, wenn nicht andere Gründe vorhanden wären.

Was den ersten Satz anbetrifft, so versteht er sich von selbst, denn der Erbe erbt das Gut so, wie es sein Vorgänger besaß, also auch unter der Bedingung, daß der Gutsherr das Gut wieder zurücknehmen kann.

Was aber den zweiten Satz anbetrifft, so sind einige der Meinung, daß bei der Landsiedel die Grundsätze vom Pacht zur Anwendung zu bringen sind, als Lennep (von der Leiche zu Landsiedelrecht in der Vorrede S. 40.), und sonach auch dem Gutsherrn die Befugniß zustehe, ohne irgend einen Grund das Gut einzuziehn. Andere dagegen nehmen an, daß, wenn die Landesgesetze diese Befugniß dem Gutsherrn nicht besonders beilegen, er hierauf keine Ansprüche machen könne. v. Selchow (Rechtsfälle B. I. n. XIV.), Eberhard (Abh. z. Erläuter. d. Rechte S. 208.), Gesenius (Bauernrecht §. 228.), denn

1) ist die Landsiedel (von siedel, sitzen) eine deutsche Erb- oder auf gewisse Jahre bestimmte Pacht, welche nicht nach römischem Recht (3 C. de loc. cond.) beurtheilt werden kann;

2) Gutsleute können, so lange sie ihrer contractsmäßigen Verbindlichkeit nachkommen, und keine rechtmäßige Ursache vorhanden, nicht abgemeiert werden. (Berger, Oec. iur. Lib. III. tit. 5. §. 25.)

3) Wenn auch ein Nothfall von Seiten des Gutsherrn erweislich sein sollte, so würde ihn dieser doch nicht zu eigenmächtiger Einziehung berechtigen, sondern es müßte darüber rechtlich entschieden werden. (Strube de iure villic. c. 8. §. 28. Ebend. von der Abmeierung S. 3.)

Mit Recht können daher die Besitzer solcher Landsiedeleien, wenn der Gutsherr willkürlich verfahren, eine volle Entschädigung fordern o).

o) Wegen der hier angeführten Curmedsgüter (von Kur, wählen, mede, Gabe) s. Hymmen Beitr. II., wo eine Abh. vorkommt, betr. Praecognita iuris gelderici, und wo es S. 385 heißt: Proxime ad similitudinem praediorum quae Lyfgewinsgoedern dicunt, accedunt fundi heurmodige Goederen appellati: qui quamvis iisdem oneribus fere subiiciantur, illud tamen sibi proprium habent, quod dominus mortuo colono iure optionis, a quo Keurmoedig dicti, suppellectilem quandam aut optimas exuvias sibi vindicet pleraque haec ex antiquis registris, tabulis, quandoque etiam pactis peti possunt.

§. 706. (M. §. 439.)

Die Neustift unterscheidet sich von Precarien, und die Herrengunst ist nicht mit dem Auskaufsrecht zu verwechseln.

Die Güter, welche den Namen Leibrecht (von Lof, Leben), Neustift und Herrengunst, auch veranleitetes Freistift (von Anleit, Lehnwaare) führen, kommen vorzüglich in Baiern vor, und sind nach dem Codex Maximil. Th. IV. c. 7. §. 29 u. s. f. zu den Arten der irregulären Emphyteusis zu zählen. Leibrecht ist vorhanden, wenn das Recht auf die Lebzeit des Grundholden bestimmt ist, Neustift auf die Lebzeit des Grundherrn; hängt es von dem Widerruf des letztern ab, so heißt es Herrengunst p).

Bei allen diesen Gütern steht dem Besitzer ein dominium utile wie dem Emphyteuta zu, welches aber durch ihre eigene Beschaffenheit sehr beschränkt ist. Einige, wie Arnold Rath, legen dem Besitzer blos ein Nießbrauchrecht bei, allein wie v. Kreitmeier (Anmerk. z. Cod. Maxim. Th. IV. c. 7. §. 29.) richtig bemerkt wird, womit auch Schmid (in Comm. ad ius m. T. 21. art. 8. n. 12. art. 21. n. 5.) und Ertl (Praxis aur. p. 1250.) übereinstimmen, ist dies nicht anzunehmen. Die Neustift, welches bei Verleichung der Widumsgüter der Pfarrer und Beneficiaten vorkam, unterscheidet sich von den sogenannten Precariengütern (von praestare, d. i. leichen) wesentlich, obgleich Einige, wie v. Kreitmeier (a. a. O. §. 30.), das Gegentheil

annehmen. Denn die Precariengüter werden aller fünf Jahre renovirt, den Besitzern derselben steht kein dominium utile zu, er, der Precarist, genießt zwar alle Nutzungen der ihm zur Precarie verliehenen Sache, die aus dem Eigenthum fließenden Rechte kann er aber nicht in Anspruch nehmen. (Danz Handb. B. 5. S. 352. n. 3.)

Die Freistift ist von dem Auskaufsrecht wesentlich unterschieden, obgleich Hellfeld (Repertorium v. Auskaufsrecht §. 1.) das Gegentheil annimmt: denn dieses steht der Obrigkeit in Hinsicht ihrer Gerichtsunterthanen, jenes aber der Gutsherrschaft zu, wie v. Kreitmeier (a. a. O. §. 31.) richtig bemerkt.

p) Durch neuere Verord. v. 3. Mai 1779., 22. Dec. 1790. und 17 Dec. 1791. sind sie in Erbrecht verwandelt, und wenn die Verwandlung noch nicht erfolgt ist, sollen sie nach der Verord. v. 7. Oct. 1813. als Bodenzinsgüter beurtheilt werden.

§. 706. b) (M. §. 439.)

Dem Besitzer des Fall- und Schupflehn steht kein dominium utile zu.

Die Schupflehne (von schupfen oder schieben, weil ihrer ursprünglichen Beschaffenheit nach die Erben nach dem Ableben des Besitzers davon geschupft werden konnten), dann die Falllehne (weil sie nach dem Tode des Besitzers auf den Gutsherrn zurückfallen), die in Schwaben häufig vorkommen (Schöpf de bonis vitalitiis Sueviae. Tub. 1747.), sind keine wahre Lehne, wenn sie gleich so genannt werden, indem, wie bekannt, das Wort Lehn öfters für Leiche gebraucht wird, und sonach auch aus diesem Grunde dem Besitzer kein dominium utile beigelegt werden kann, wie unter andern Gaisberg (Beleuchtung der Rechtsverhältnisse bei Schupflehnen. Stuttg. 1823.) annimmt. Sie sind aber auch nicht wie Pächter zu betrachten, wie von einem Ungenannten (Abh. über das Grundeigenthum des Adels in Schwaben 1818.) und in Hofacker Jahrbücher (d. Gesetzgeb. Würtembergs B. 2. Heft 1. S. 115.) angenommen wird. Es steht vielmehr dem Besitzer ein dingliches Recht zu, welches mehr als ein römischer Nießbrauch begreift (s. §. 704.), s. a. Danz (Handbuch B. 5. S. 376. n. 2.).

§. 706. c) (M. §. 439.)

Die Laßgüter können den Kindern des vorigen Besitzers der Regel nach nicht entzogen werden.

Die Laßgüter haben ihren Namen von Lassen, Leibeigne, welche von ihren Herren gewisse Güter zum Anbau und zur Nutzung erhielten, wofür sie Zinsen und Frohnen leisten mußten. (Ludwig de iure client. Sect. 3. c. 5. §. 2.) Wenn gleich diese Güter von dem Grundherrn gegen einen gewissen Zins dergestalt überlassen werden, daß sie nach beendigtem Contract wieder zurückgenommen werden können, so kann doch der Gutsherr den Kindern des letztern Besitzers diese Güter nicht ohne besondere Ursache entziehn. Denn

1) werden zwar diese Güter pachtweis überlassen, und sonach steht dem Besitzer kein freies Erb = noch Eigenthumsrecht zu: allein das Vorzugsrecht der Kinder, die Pacht fortzusetzen, steht damit nicht im Widerspruch. Die alten Deutschen überließen ihren Leibeignen Höfe gegen Entrichtung eines gewissen Pachtzinses und gegen Uebernahme gewisser Abgaben. Nur eignes Bedürfniß der Gutsherrschaft oder die absolute Untauglichkeit der Leibeignen war ein Grund, den Besitzer zu verstoßen, oder bei seinem Tode von seiner Familie abzugehen. In der Regel gingen diese Güter vom Vater auf den Sohn (Böhmer Exercit. ad D. T. 3. p. 466. §. 2. Pottgiesser de statu servorum L. 1. c. 4. §. 34.). Die Herrschaft verlor dadurch nicht ihr Eigenthumsrecht an den Gütern, vielmehr hatten die Besitzer die Vermuthung der Zeitpacht gegen sich (Böhmer de imperfecta rusticorum qualitate in germ. §. 26.).

Mit diesen Gütern haben nun die Laßgüter, welche in Sachsen (Rivinus D. de praediis, quae vulgo Lassgüter appellantur. Lps. 1735. Haubold sächs. PR. §. 460.), in der Mittelmark, Priegnitz u. a. Gegenden vorkommen (Riccius spicil. iuris germ. p. 427. Nolte de singul. quibusd. praed. rusticis Sect. 6. §. 4.), die größte Aehnlichkeit. Auch bei diesen kann der Besitzer, so lange er seinen Obliegenheiten nachkommt, den Hof nicht verschlimmert, auch die Herrschaft zur Anlegung eines Rittersitzes den Hof nicht etwa selbst benöthigt ist, willkürlich nicht vertrieben werden: selbst im letztern Fall ist der Besitzer vollständig zu entschädigen.

2) Die Laßbauern nähern sich eher den Freibauern als den Leibeignen, wenn gleich jene eine persönliche Freiheit genießen und mit den letztern blos in Rücksicht der Dienste Aehnlichkeit haben. Müller (in practica civili marchica rerum forensium Res. 100. c. 3. 4.) sagt: hi vero (nämlich die Kinder des Laßbauern im Gegensatz der Leibeignen) propria bona possident, eorumque dominium penes eos manet, donec vivunt, nec inde pro lubitu eiici e suis bonis possunt. Est enim rusticus arbiter et moderator suorum bonorum, ac proinde libere contrahere potest cum quovis, modo fundum instrumentis rusticis non privet — er muß das Hofgewähr beim Gut lassen — nec praedium illud rusticum deminuat. Hinc cogi non potest, ut iure quasi retractus sua bona vendat, aut penitus emigret. Wenn Müller hier sagt, donec vivunt, so kann man daraus nicht die Folge herleiten, daß der Gutsherrschaft nach dem Tode des Laßbauern die freie Disposition über seinen Hof zustehe. Denn wenn man bedenkt, daß der Bauer unbestrittenermaßen seinen Hof blos einem seiner Descendenten, nicht aber andern Seitenverwandten oder Fremden verlassen und den Hof nebst Zubehör selbst unter seinen Kindern nicht zur Theilung bringen darf: so liegt in jenem Beisatz kein Widerspruch, da ihm bei dieser Einschränkung die Befugniß fehlt, über Hof und Zubehör auf den Todesfall frei zu verfügen. Dieser Zusatz liegt vielmehr in der Natur der Sache, da sein ohnedies beschränktes Eigenthumsrecht sich blos auf seine Lebzeit erstreckt.

3) Der Laßbauer darf seinen Hof nicht wider Willen seines Herrn verlassen, aber eben so wenig kann er ohne erhebliche Ursachen entsetzt werden, was daher die Gesetze dem Unterthanen auf der einen Seite zur Pflicht machen, haben sie ihm auf der andern als Recht zugesichert. So wie nun die Pflicht der Väter ist, ihre Höfe, ohne einen tüchtigen Gewährsmann zu stellen, wider den Willen der Herrschaft nicht verlassen dürfen, ex iure reciproci die Obliegenheit der Herrschaft gegen sich hat, dem Unterthan seinen Hof nicht ohne wichtige Ursachen zu nehmen, so zieht auch, da alle Lasten und Pflichten des Laßbauern zum Vortheil der Herrschaft auf die Kinder übergehn, nach dem Rechtssatz: qui fert commodum, ferre etiam debet incommodum, die Verbindlichkeit der Kinder, den väterlichen Hof anzunehmen, oder einen tüchtigen Gewährsmann zu stellen, eine gleiche Schuldigkeit der Herrschaft

nach sich, ihnen den väterlichen Hof vorzugsweise vor Fremden zu überlassen. Diese richtige Meinung vertheidigen Ludewig (in iure clientel. Sect. III. C. 5. lit. c. n. 1. et m.), Müller (a. a. O.), Wernher (Observ. P. I. obs. 75.), Carstens (tr. de succ. villicali in duc. Luneb. Cap. I. §. 26. 27. und C. II., der aber darin zu weit geht, daß er das Vorzugsrecht nicht nur den Kindern, sondern auch den Seitenverwandten gestattet), Buri (Erläut. des Lehnrechts S. 1052.), Stengel (Beitr. B. II. S. 136 u. s. f. Ebend. practisch jurist. Ausarbeitungen B. I. Berl. 1799. Nr. VII.).

Mehrere aber nehmen das Gegentheil an, als Gabke (Dorfrecht §. 217.), v. Selchow (Elem. iur. germ. §. 282.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 117.), weil

1) es in der Glosse zum sächs. Landrecht L. 3. art. 44. heißt: der Lasse ist ledig, weil er lebt, und wenn er stirbt, so belehnt der Herr seine Kinder mit dem Laßgut, und theilt mit ihnen.

2) Den Laßbauern stehe kein Eigenthumsrecht zu, vielmehr gehöre Hof und Hofwehr der Herrschaft eigenthümlich;

3) würde ja, wenn man die nothwendige Uebertragung des Laßguts auf die Kinder des verstorbenen Besitzers annehmen wollte, die Natur der Güter selbst geändert werden, sie würden alsdann als erbliche Bauerngüter zu betrachten sein.

Allein diese Gründe, welche öfters gebraucht sind (s. Stengel Beitr. B. II. S. 136 u. s. f. Erkenntnisse des Kammergerichts in Sachen Dienstknechts Wilhelm zu Schönhagen in der Priegnitz wider den dortigen Bauer Hacker und das Domkapitel zu Havelberg), sind ganz hinfällig. Denn

ad 1) wird nicht in der Glosse gesagt, daß der Gutsherr berechtigt sei, den Kindern das Gut zu entziehn, im Gegentheil folgt aus den Worten „so belehnet der Herr ꝛc.," daß das Gut auf die Kinder übergeht;

ad 2) hindert das Eigenthum der Herrschaft an den Höfen und die qualitas lassica derselben nicht das erbliche Besitzungs- und Benutzungsrecht der Kinder, wenn sie dem Hofe vorzustehn fähig sind;

ad 3) diese Schlußfolge ist ganz inconsequent, da die Rechte eines Erbbauern offenbar von weit größerm Umfange sind, als die des Laßbauern. Jener besitzt Hof und Zubehör als freies Eigenthum, welches er bei seinen Lebzeiten veräußern, und auf den

Todesfall seinen Kindern und andern Verwandten, ja selbst Fremden, nach einer willkührlich von ihm bestimmten Theilung hinterlassen kann. Dieser hingegen hat bei Lebzeiten nicht die Befugniß, sein Gut zu veräußern oder einzelne Realitäten davon zu trennen. Nach seinem Tode wird der Hof und Hofgewehr von seinem Nachlaß abgesondert, und fällt der Herrschaft zur anderweitigen Besetzung anheim. Sind Kinder vorhanden, so bekommt zwar eins von ihnen den väterlichen Hof zwar nicht **ex beneficio patris**, sondern vielmehr **ex lege**. Seitenverwandte haben ohne Unterschied des Grades keine Ansprüche darauf. Die Hoffnung des Besitzers, sein Gut einem seiner Kinder zu hinterlassen, ist sonach der einzige Vorzug, wodurch er sich von den Leibeigenen unterscheidet.

§. 706. d) (M. §. 439.)

Der Besitzer eines Laßguts kann gegen die Gutsherrschaft die Negatorien-Klage anstellen, wenn letztere behauptet, daß ihr eine Dienstbarkeit zusteht.

Die Gründe, welche dagegen angeführt werden können, sind folgende:

1) Nicht dem Besitzer, sondern dem Gutsherrn steht das Eigenthum an dem Laßgut zu;

2) Der Grundherr ist berechtigt, den Laßbauern das Benutzungsrecht des Gutes gänzlich zu entziehn, mithin auch durch Dienstbarkeiten, welche er auf das Gut legt, willkührlich zu beschränken, nach der Rechtsregel: **qui potest maius potest etiam minus.**

3) Der Zweck, wodurch die Grundherren von jeher bestimmt wurden, ihr Eigenthum laßweise auszuthun, war kein anderer, als der, ihr Eigenthum, indem sie so für die Vermehrung und für die leichtere Unterhaltung ihrer frohnpflichtigen Unterthanen sorgten, besser bewirthschaften zu können; es würde mit diesem Zwecke ganz in Widerspruch stehn, wenn man ihnen das Recht bestreiten wollte, das Benutzungsrecht des Laßbauern zum Vortheil der Wirthschaft des Hauptguts zu beschränken, z. B. durch Ausübung der Hutungsgerechtigkeit.

Allein so scheinbar diese Gründe, so wenig bestehen sie bei näherer Prüfung. Denn

1) kann das Recht des Laßbauern an dem Gute nicht als ein **precarium** angesehen werden, es nähert sich nach der jetzigen Verfassung eher einem Nutzungsrecht, das nicht ohne erhebliche Ursache

von dem Gutsherrn dem Besitzer entzogen werden kann (s. §. 706 c). Die Negatorienklage aber steht dem zu, welcher ein nutzbares Eigenthum besitzt (L. 16. D. de servitutibus) und kann sonach auch dem Laßbauern nicht verweigert werden.

2) Die angegebene Regel ist nicht überhaupt anwendbar, unter andern alsdann nicht, wenn das eine Recht von dem andern nicht blos dem Grade, sondern auch der Art nach verschieden ist. Dies ist hier der Fall. Einen des Besitzes entsetzen, und das Benutzungsrecht beschränken, sind ganz verschiedene Dinge; von dem erstern läßt sich auf das letztere um so weniger schließen, je mehr dieses letztere Recht sogar oft drückender sein würde, als das erstere.

3) Der Vertrag, wodurch jemandem ein Laßgut überlassen wird, ist ein wechselseitiger, hätte der Grundherr eine Dienstbarkeit sich vorbehalten wollen, so hätte er dies sich ausdrücklich vorbedingen müssen, um so mehr, da die Vermuthung eines uneingeschränkten Benutzungsrechts dem Laßbauern auch um deswillen zur Seite steht, weil im entgegengesetzten Falle der Anbau des Landes nicht wenig gehindert werden würde. Der Gutsherr hat daher den Beweis zu übernehmen, daß er die behauptete Dienstbarkeit besonders (durch Vertrag oder Verjährung) erworben habe. Mit dieser richtigen Meinung stimmt überein Zachariä (Annalen der Gesetzgebung und Rechtsw. in Chursachs. B. I. n. XIV.). Unentschieden ist die Frage gelassen von Heinecke (de natura et indole hominum prop. in Lusatia. Lps. 1774., Schacher (de hominibus glebae adscriptis Lus. sup. Lps. 1715.), Hofmann (scriptores rer. Lus. T. III. p. 184.)

§. 707. (M. §. 440.)

Die Hagergüter haben ihren Namen von hegen, Gericht hegen.

Die Hagergüter, welche im Fürstenthum Wolfenbüttel, in Hildesheim und an andern Orten vorkommen, haben mit den in Schwaben befindlichen Corneliengütern viele Aehnlichkeit; ihren Namen führen sie nach der richtigen Meinung von hegen, Gericht hegen, indem die Hägerleute einem besondern Gericht unterworfen sind, und unter der Advocatie des Oberherrn, Klosters oder Edelleute stehn. Hiermit stimmt überein Rathlef (Geschichte der Grafschaft Hoya und Diepholz Th. 3. S. 89.), Hagemann (kleine jur. Auff. B. II. n. 2.), Danz (Handb. B. 5. S. 384.) Andere dagegen nehmen an, daß das Wort von den Besitzern ab-

zuleiten sei, indem diese vor andern Besitzern der Bauerngüter besondere Vorrechte hatten und sonach gleichsam gehägte Männer waren, als Fischer (Inst. i. feud. c. 3. §. 56.). Noch andere, als Schilter und Wachter (Gloss. §. 635.) leiten den Namen von Hagen ab, jedoch nur in sofern, als Hagen einen Gerichtsplatz bedeutet. Einige, als Eisenhart (Inst. iur. germ. Lib. II. tit. 2. §. 14.), Riccius (Spicileg. iur. germ. p. 726.), Grebel (de iure et iudicio rusticorum p. 218.) behaupten, daß das Wort von Hag, einer lebendigen Hecke, herkomme; Hag bedeute einen Zaun. In der obersächsischen Mundart wird das Wort Häke, Hegen gebraucht. Allein erstere Ableitung ist wohl die richtigere. Uebrigens ist der Häger als wahrer dominus utilis anzusehn, ungeachtet er sonst wohl zu den Leibeignen gehört haben mag.

§. 708.[a]) (M. §. 441.)

Bei der Reunionsklage ist Vindicant der Regel nach den Kaufpreis zu erlegen nicht verbunden.

Wenn die Gesetze Untheilbarkeit der Bauerngüter[q]) bestimmt und Zertrümmerungen verboten haben[r]), steht dem Nachfolger des Veräußerers die Befugniß zu, das Veräußerte von jedem Besitzer zu vindiciren[s]).

Ob nun der Vindicant verbunden sei, dem jetzigen Besitzer das Kaufpretium zu erstatten, ist streitig. Einige sind der Meinung, daß er dazu nicht verbunden sei, andere verpflichten ihn dazu, ohne weitere Beschränkung: Danz (Handb. d. t. PR. §. 208.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 160.).

Noch andere unter gewissen Beschränkungen. Als Struben (rechtl. Bed. B. I. n. 44., wenn er, der Vindicant, in gerader Linie von dem Verkäufer abstammt, oder er sonst ex alio nexu dessen facta zu prästiren schuldig ist), Mittermaier (a. a. O. wenn das Landesgesetz die absolute Nichtigkeit aller solcher Veräußerungen ausspricht, oder von einer wahren Vindication redet, nicht aber alsdann, wenn zum Besten der Nachfolger die Klag auf Ergänzung gestattet ist.)

Nach der richtigen Meinung ist wohl anzunehmen daß der Besitzer zur unentgeldlichen Zurückgabe verbunden ist. Denn wenn die Landesgesetze die Unzertrennbarkeit bestimmt ausgesprochen haben, so ist die Veräußerung unerlaubt, und der Nachfolgr kann die vindicatorische Klage gegen den Besitzer anstellen, beiwelcher

dann alles dasjenige Anwendung findet, was die römischen Gesetze bestimmen, nämlich daß weder dem redlichen noch unredlichen Besitzer das Kaufpretium zu restituiren sei. (**L. 23. c. de R. V.**). Es finden aber auch die nämlichen Ausnahmen statt, welche diese vorgeschrieben haben: würde daher die Veräußerung zum Besten des Klägers selbst erfolgt sein, unter andern, wenn der Vater die Pertinenz zum Ankauf eines Grundstückes für seinen Sohn verkauft hätte, und dieser nach dem Tode seines Vaters das Hauptgut erhielt, von welchem die Pertinenz zu seinem Vortheil verkauft worden wäre (**L. 16. C. de praed. minor.**).

q) Von der willkührlichen Veräußerung der Gutspertinenzen ist die Zertrümmerung, Dismembration der Höfe unterschieden: dies heißt die Handlung, wodurch ein Bauerngut, mit Bewilligung der dabei interessirten Personen, in kleine Theile vertheilt wird. Ob nun die Dismembration in cameralistischer und öconomischer Hinsicht vortheilhaft sey? darüber giebt es verschiedene Meinungen unter den Cameralisten; s. allg. Bibliothek B. 26. S. 262., Gesenius, Meierrecht B. I. S. 102., v. Berg, von Vertheilung der Bauerngüter in seinen staatswissenschaftl. Versuchen Bd. 2. n. 5. Ebend. Polizeirecht B. 3. S. 276., Winckler, über willkührliche Verkleinerung der Bauerngüter. Lpz. 1794., v. Benzel, Erf. 1795. — In mehrern neuern Gesetzen sind die Gutszertrümmerungen gestattet, als in Baiern: Novellen z. baier. Landrecht S. 172. nur in Ansehung der Israeliten fanden Beschränkungen statt. Wegen Sachsen s. Haubold Sächs. PR. §. 189. 190.

r) Der Grund der Reunionsedicte und Klagen liegt in der auf gutsherrlichen Bauernhöfen als dingliche Last haftenden Zins- und Herrendienstpflicht. Die Geschlossenheit und Unzertrennbarkeit der Bauerngüter lasse sich daher der Regel nach nicht beziehen

a) auf Erbgüter, wenigstens kann der gutsherrliche Nexus dabei kein Hinderniß der Veräußerungsbefugniß einzelner Pertinenzen sein; nur darf freilich die Veräußerung nicht so weit getrieben werden, daß der Hof dadurch außer Stand gesetzt wird, die öffentlichen Abgaben zu leisten;

b) auf walzende Stücke s. §. 708c.)

s) Ob überhaupt die Grundsätze von der Reivindication auf die Reunionsklage anzuwenden, ist bestritten. Mehrere, als Wernher Obs. P. I. obs. 33. und Mittermaier, a. a. O. nehmen an, daß die Analogie einer Vindication nicht völlig passe, und selbst der Veräußerer die Befugniß habe, ie Klage anzustellen. Andere, als Struben rechtl. Bedenken B. I. n. 44. Eichhorn Einl. §. 152., sind der entgegengesetzten Meinung.

§. 708.b) (M. §. 441.)

Die Reuionsklage findet bei Erbgütern, wenn sie auch in gutsherrlichem Nexus stehen, nicht statt.

1) Die Reunionsklage setzt Geschlossenheit und Unzertrennlichkeit de Bauerngüter voraus;

2) Der Grund der Klage liegt in der auf den gutsherrlichen Bauernhöfen als eine dingliche Last haftende Zins- und Herrendienstpflicht; sonach kann solche nicht statt finden, wenn Pertinenzen, die zum Erbgut gehören und von Dienst und gutsherrschaftlichen Lasten frei sind, veräußert werden;

3) Güter können sich in gutsherrlichem Nexus befinden, es kann von denselben ein Zins entrichtet werden, wegen des erlangten vollen Eigenthums. Dieser gutsherrliche Nexus ist aber kein Hinderniß der Veräußerungsbefugniß, vorausgesetzt nur, daß der Besitzer des Bauernguts dadurch nicht außer Stand gesetzt wird, die schuldigen öffentlichen Abgaben zu leisten.

Hiermit stimmen überein Hagemann (Landwirthschaftsrecht S. 287.), Danz (Handb. d. t. PR. B. II. §. 258.), Mittermaier (a. a. O.). Das Gegentheil nehmen an: Bodinus (de iure reuniendi pertin. Hal. 1699.), Engelbrecht (de reun. pert. Helm. 1715.), Storch (de particul. praed. rust. alienat. Lps. 1725.)

§. 708. c) (M. §. 441.)

Die Reunionsklage schließt die Einrede der Verjährung nicht aus.

Mehrere Rechtsgelehrte, als Berger (Decis. 204.), Schilter (Exercit. 30. §. 31.), Leyser (Medit. Sp. 100. Med. 5 u. 7.), Wernher (obs. P. I. obs. 79.), Hommel (Rhaps. quaest. obs. 168.) sind der Meinung, daß die Einrede der Verjährung bei der Reunionsklage darum gänzlich ausgeschlossen sei, weil sonst das allgemeine Beste darunter leiden würde (L. I. C. sine cens. et reliq.), insbesondere beziehn sich die sächsischen Juristen noch auf die Decisio v. 1746. Diese bestimmt: daß ein Contract, wodurch ein Grundstück von Steuern, Erbzinsen und dergleichen Gefällen befreit wird, in Ansehung des fisci des Erbzinsherrn und derjenigen, welche solche Gefälle zu fordern haben, ungültig sein soll, wie solches auch die Decisio 65 bestimmt; auch soll keine Verjährung dagegen statt finden[t]). Andere, als Rave (de praescriptione §. 28.), Eichhorn (Einl. §. 152.) nehmen das Gegentheil an: indem

1) die Einrede der Verjährung gegen diese Klage durch kein Gesetz ausgeschlossen sei;

2) daß, wenn gleich die Reunionsklage zum Besten des Staats abzwecke, daraus nicht folge, daß die Zurückforderung der veräußerten Pertinenzen nach Ablauf einer langen Zeit unzulässig sei, da ja hierdurch der größte Nachtheil für den Eigenthümer entstehn würde.

t) Von Einigen wird die Decisio dahin ausgelegt, daß Verträge, welche vor dem J. 1746. über solche Gegenstände abgeschlossen, dennoch der Verjährung unterworfen sind, nicht aber die, welche nachher abgeschlossen werden.

§. 708.[d]) (M. §. 441.)

Walzende Stücke sind mit theilbaren Gütern nicht zu verwechseln.

Unter walzenden Stücken werden theils solche Grundstücke verstanden, welche an keinen bestimmten Hof gebunden, in kein Bauerngut vererbt, und von dem Besitzer bald dieses, bald jenes Hofguts bebaut werden; theils rücksichtlich der Steuer, solche, wo die Gutsherrschaft nicht eigens die Steuer auf diesem Gute hergebracht, sondern allezeit von dem Besitzer des Guts genommen wird, der solches bewohnt.

1) Die walzenden Stücke sind nur bei geschlossenen Höfen vorhanden, welche nach der Steuermatrikel besteuert werden. Güter, welche der Besitzer durch Erbschaft, Kauf oder durch einen andern Rechtstitel zu jenem unzertrennlichen Hof hinzu erhält, sind walzende Stücke. 2) Aus dem Wort walzend folgt noch nicht die Theilbarkeit (Runde Anmerk. z. Buri Lehnr. Fortſ. 4. S. 609.). 3) Die walzenden Stücke werden besonders versteuert, daher die Steuerwalzungen in Franken. Der Gutsherr hat bald eine größere, bald eine geringere Steuer, je nachdem der Grundholb viele oder wenigere dieser walzenden Stücke hat.

Hiermit stimmen überein: Besold (Tract. Pract. von walzenden Stücken), Schmezlein (Select. norimb. T. II. n. 4., abgedruckt in Zepernik Abh. z. Lehnrecht Th. I. Abh. X.), de Westenrieder (glossarium germ.-latinum mon. 1816. v. walzende Gründe), Mittermaier (a. a. O.). Dagegen stellen Andere andere Begriffe auf, und verwechseln[u]) sie mit theilbaren Gütern. Wehner (Obs. pract. v. walzende theilbare Güter) sagt: vocantur walzende oder theilbare, quod pro lubitu possessoris sive domini dividi et alienari queant, secus ac in Lehen und Zinsgüter, Roßmann (Abh. v. walz. Lehen in Erl. Anzeigen v. J. 1751. n. 25., in Schott jurist. Wochenblatt Jahr. III. N. 18. S. 287.) äußert sich dahin, daß unter walzenden Lehen, im Gegensatz von ganzen und individuellen Bauernlehnen oder Lehnstücken, solche zu verstehen sind, welche der Besitzer, wenn er will, aus eigener Willkühr zertheilen, verkaufen, und also von seinem Gute walzen kann. (S. n. Wagner Gesetzlexicon Th. V. S. 352. sub v. walzende Stücke.)

u) Von denselben sind die Zubaugüter unterschieden, worunter solche verstanden werden, welche zum Hof hinzugekauft werden, um sich einen gebrodteten

Knecht darauf zu halten. (v. Kreitmeier Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4. S. 471.) Der Besitz derselben wird öfters untersagt. Cod. Max. Th. 4. C. 7. §. 27. n. 5. — Ein genauer Unterschied der walzenden Stücke und der Pertinenzen ist in dem sächs. Generale v. 1. Nov. 1741. und in der Instruction für die Steuer-Revisoren v. 14. Oct. 1799. §. 28. angegeben, wo es heißt: Pertinenzen sind diejenigen, welche a. 1628 unter dem vollen Schockquanto eines Guts oder Hauses in einer unzertrennten Schocksumme mit geschätzt worden sind; dagegen diejenigen einzelnen Stücke an Aeckern, Wiesen, Hölzern u. s. w., die in ermeldetem Jahre mit ihren eigenen besondern Schocken in Ansatz stehen, oder erst nachher einzeln beschockt worden sind, für walzende Grundstücke geachtet werden. Von der Dismembration der walzenden Stücke s. die Verordn. v. 24. Aug. 1821. und 15. Aug. 1828. Haubold Sächs. Privatrecht §. 174. S. 151.

§. 709. (M. §. 442.)

Zum Allodio eines Bauernhofs gehört Alles, was der Bauer sub speciali titulo erworben hat.

Es ist ganz unrichtig, wenn unter allodium dasjenige verstanden wird, was sich bei dem Bauerngut befindet und Allodial-Eigenschaft hat. Zu dem Allodio gehören unter andern die fliehenden Feldlehne, welche keine Allodial-Eigenschaft haben. Alles, was der Bauer durch einen besondern Titel neben dem Bauerngut erworben hat, gehört zum Allodium; also das, was er durch Kauf, Tausch, Erbschaft, Schenkung, Ersparniß, und durch besondere Verleichung erhalten hat. Hierüber [v]) kann er sowohl unter Lebenden als von Todes wegen frei verfügen, wenn nicht die Natur der Güter selbst eine Beschränkung bewirkt.

Unter den angeführten fliehenden Feldlehnen versteht man ein lehnbares Bauerngut, welches aus kleinen, insgemein zusammengehörigen, untheilbaren Grundstücken besteht, womit ein Ansitz, Haus, Stadel nicht nothwendig in der Art verbunden ist, daß der Ansitz von dem Feldgut nicht sollte und dürfte getrennt werden; vielmehr kann es überall hingezogen werden. Deshalb sind auch wohl diese Güter fliehend genannt worden. Hiermit stimmt überein ein Ungenannter (Materialien zur Oettingschen ältern und neuern Geschichte B. II. St. 2. n. III., aufgenommen in Zepernik Abhandl. z. Lehnrecht B. II. n. 19.). S. dagegen Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 279.), Danz (Handbuch B. II. S. 392.)

v) Der Unterschied zwischen trennbaren und nicht trennbaren Allodien ist blos particulair, welche zu diesen oder letztern gehören, hat Hagemann in den pract. Erört. B. 1. n. 36. bemerkt.

§. 710.[a]) (M. §. 443.)

Das Wort Laudemium kommt von laudare, d. i. approbare, concedere; das Wort Lehnwaare von leihen und vara, d. i. Schatzung.

Das Wort Laudemium leitet Steger (de genuina laudemii feud. origine. Lps. 1763. p. VII.) von Laudum ab, welches in der Sprache des Mittelalters Willkühr bedeutet, indem die Lehnwaare ursprünglich ein freiwilliges Geschenk gewesen sei. Hommel (akadem. Reden über Masov S. 239.) von Los, indem die Verwechselung des o mit au, s mit t nicht selten sei. Du Fresne (Gloss. v. Lause) von Laus, eine Abgabe, Loccenius (in Lexic. iur. Sueo-gothici. Upsal. 1658. p. 181.) Lindenberg (gloss. cod. legum. antiq. germ. adiect. p. 1423.), Estor (Diss. de onere laudemii depos. Sect. I. §. 4.) leiten es von dem gothischen Wort leud oder Leudum ab. Von Buri (Erläuterung des Lehnrechts S. 866.) von Latten, lassen; Gercken (vermischte Abh. aus dem Lehn- und deut. Recht Th. II. Abh. IV. S. 42.), Püttmann (Element. iur. feud. §. 237. n. a.), Schröter (von der Lehnwaare und andern Lehnsgebühren. Berl. 1789. S. 9.), Eberhard (v. Laudemium §. 3.), Danz (Handbuch B. 5. S. 408.) von lot, lod oder looth. Matthaeus de Afflictis (Com. super tres libr. feud. Francof. p. 726. 1598.), Weber (Handb. d. Lehnrechts Th. IV. §. 194. S. 230.) von Laudare, welches in der altlateinischen Sprache so viel als nominare, und in der Sprache des Mittelalters soviel als approbare, concedere heißt.

Diese letztere Meinung ist die gegründete, wie aus mehrern Urkunden ersichtlich ist[w]).

Was die Meinungen Anderer betrifft, so kommt zwar das Wort Laus in der Bedeutung als concessio vor, wie sich aus einer Urkunde des Grafen von Provence 1150 ergiebt, wo es heißt: facta est haec Laus sive concessio in claustro sancti marii de mannasca. Was daher für eine solche Verleichung an den Lehnsherrn entrichtet wurde, hieß Laudemium. Allein das Wort Lause bedeutet eigentlich einen Zins, eine stete Abgabe von Fröhnern und nicht eine freiwillige Abgabe. Der Ableitung von Leud, Leudum steht entgegen, daß es immer heißt laudemium, nicht leudemium, dann gab es nicht bei den Gothen, sondern bei den Franken Leudes, es würde die Abgabe blos eine persönliche sein, nicht eine reale, wie doch das Laudemium ist. Dieß steht auch

der Ableitung von Lassen oder Latten entgegen. Was die Ableitung von Lod anbetrifft, so bedeutet dieß zwar in der Schweiz, Frankreich und England eine Abgabe, allein in den Urkunden kommt immer das Wort laudare vor.

Das Wort Lehnwaare wird von Leibnitz (in collectaneis etymolog. Hanov. 1717. P. II. p. 407.) von Lehn und Waare (merx), auch von Geweri, Einsetzung, Einführung, abgeleitet. Von Pesler (de origine vocis Lehnwaare Fr. 1750.) von Lehen und vara, Schatzung, abgeleitet. Letztere Meinung ist die richtigere. (Weber Handbuch des Lehnrechts B. 4. S. 234.)

w) Guichenon in der biblioth. Sebastiana Cont. I. n. 10. p. 46. führt eine Urkunde von 1125 an, worin es heißt: laudante simulque confirmante Stephano Comite bononiensi, qui et hoc donum laudavit et confirmavit. Carl du Fresne, D. du Cange in gl. voc. Laus, Urkunde v. Columbus, wo es heißt: Comes concessit eis et laudavit terras et feuda eorum ad suam fidelitatem et servitium.

§. 710.[b]) (M. §. 443.)

In Hinsicht des Ursprungs ist zwischen Antritts- und Successions- oder Sterbelehnwaare zu unterscheiden.

Ueber den Ursprung der Lehnwaare giebt es verschiedene Meinungen. Hellfeld, (Element. iur. feudalis §. 284.), will sie aus dem longobardischen Lehnrecht herleiten, Heineccius (in Element. iur. germ. T. I. Lib. II. tit. 4. §. 118. 119.) leitet den Ursprung daher, da in frühern Zeiten das Nutzeigenthum an den Gütern auf eine gewisse Zeit beschränkt gewesen sei, so sei nach Ablauf dieser Zeit eine Erneuerung nothwendig geworden. In der Folge sei zwar jenes sowohl bei den Lehn- als Zins-Gütern abgekommen, dennoch aber sei der Gebrauch geblieben, daß der Besitzer eines Lehn- oder Zinsguts verpflichtet gewesen, solches zu erneuern und den Besitz gleichsam von dem Herrn wieder zu erkaufen. Daher diese Art des Lehngelds Relevium genannt worden sei. Gewöhnlich sei ein Geschenk gegeben worden. Die Herren hätten sich diese Stücke bei der Belehnung vorbehalten, nachher wären sie zu Geld angeschlagen worden, und daher Lehngeld genannt. J. C. Schröter (Prog. de origine laudemiorum apud germ. Erl. 1744. §. 4. 5. 6.), leitet die Lehnwaare von dem alten Weinkauf, indem bei Uebertragungen das Eigenthums oder dergleichen Rechte es bei den Deutschen gewöhnlich gewesen, ein fröhliches Mahl zu halten. In der Folge wären die Schmausereien weggefallen, es sei dem Herrn ein Geldquantum entrichtet worden unter dem Namen Weinkauf.

Eberhard (a. a. O. §. 7. u. s. f.) leitet den Ursprung von der römischen Emphyteuse her; die ersten bestimmten Laudemien treffe man bei den Lehnen in auswärtigen Reichen, die ältesten Nachrichten bezögen sich alle auf die deutschen Bauerngüter, und der Gebrauch der Lehnwaare sei erst nach Einführung des römischen Rechts bekannt geworden. Bei Bauern- und uneigentlichen Lehnen sei zuerst der Gebrauch der Lehnwaare aufgekommen.

Böhmer (Princ. iur. feud. §. 195.) unterscheidet zwischen Antritts- und Successionslehnwaare, und nimmt an, daß jene nach Analogie der emphyteuticarischen Güter eingeführt sei, diese aber sei deutschen Ursprungs und sei ehehin Relevium genannt worden. Danz (Handbuch d. t. PR. B. 5. S. 413.), der Böhmer's Meinung im allgemeinen adoptirt hat, bemerkt wegen des Ursprungs der Antrittslehnwaare, daß sie in vielen Gegenden Deutschlands durch die alte Sitte, alle Besitzübertragungen mittelst gewisser Symbole zu vollziehn, veranlaßt worden; in andern Gegenden habe der altübliche Weinkauf die Lehnwaare erzeugt, obgleich hin und wieder auch neben dem Weinkaufe ein Lehngeld dem Herrn gegeben worden; an noch andern Orten habe die Einführung des römischen Rechts von der quinquagesima emphyteuticaria der Lehnwaare ihr Dasein gegeben, wie denn überhaupt nicht zu verkennen sei, daß das römische Recht auf die Bildung und genaue Bestimmung der vorliegenden Lehre den wesentlichsten Einfluß gehabt habe *). Die Successions- oder Sterbelehnwaare sei aber völlig germanischen Ursprungs und habe die Stelle des ehemals üblichen Heergeräthes, das dem Herrn als Honorar für die Belehnung entrichtet worden, eingenommen, und sei hin und wieder in manchen Punkten nach dem Leisten des allherrschenden fremden Rechts näher modificirt worden.

Diese letztere Meinung hat den Vorzug vor den übrigen.

Hellfelds Meinung, welche sich auf II. F. 26. §. 8. stützt, ist ganz verwerflich. Denn es heißt hier: Si duo homines pro uno beneficio contendunt, et unus super eodem beneficio institorem producit, illius testimonium cum investitor donum investiturae cognoscit, corneo primo recipiat. Die Worte donum investiturae bedeuten aber nicht eine Lehnwaare; wenn der Belehnende das Geschenk der Belehnung erkennt, ist nichts anders, als wenn der Lehnsherr erkennt, bekräftigt, daß er dem, von welchem die Frage war, die Wohlthat des Lehens wirklich ge-

liehn habe. Es würde kein Zusammenhang in der Stelle sein, wenn man die Worte auf die Lehnwaare beziehn wollte. Daher ist nach richtiger Meinung anzunehmen, daß die Lehnwaare in dem Longobardischen Recht nicht begründet sei (Eberhard a. a. O. §. 5. Weber a. a. O. §. 194.).

Die Meinung Heineccius ist dem Geiste der ältern deutschen Verfassung vollkommen gemäß, denn für jedes Geschäft oder Verrichtung hatten die alten Deutscheu ein sinnliches und bildliches Zeichen. Gleichwie nun die Belehnung von Seiten des Herrn mittelst gewisser Symbole geschah, so ist es kein Zweifel, daß der Belehnte ebenfalls durch dergleichen Symbole seine Willensmeinung an den Tag zu legen verbunden war. Dessenungeachtet ist aber hier nicht zwischen beiden Arten der Lehnwaare unterschieden worden.

J. E. Schröters Meinung ist darum verwerflich, weil nicht dargethan werden kann, daß bei jeder Eigenthumsübertragung getrunken worden sei, sie ist gezwungen und unbefriedigend.

x) **Brockes de herede fundi laudemialis in divisione hereditatis a laudemio non simpliciter immuni. Iena 1752. §. 4.**

§. 711. a) (M. §. 444. n. IV.)

Wenn die Veräußerung rückgängig wird, so fällt die Entrichtung der Lehnwaare nur dann weg, wenn jene ipso iure ungültig ist.

Mehrere Rechtslehrer sind der Meinung, daß, wenn die Veräußerung überhaupt ungültig ist, auch die Entrichtung der Lehnwaare wegfalle (Carpzov Const. P. II. c. 39. def. 13.).

Andere dagegen nehmen an, daß, wenn einmal der Kauf vollständig abgeschlossen worden, die Lehnwaare, wenn der Kauf aus irgend einem Grunde rückgängig werde, dennoch nicht zu bezahlen sei, oder wenn sie bezahlt worden, zurückgefordert werden könne (Walch de laudemio in opusc. T. II. p. 255.).

Noch Andere beantworten die Frage nach folgendem Unterschied: Wird das Geschäft rückgängig, so kommt es darauf an, ob die Aufhebung geschieht ex nunc oder ex tunc; letzteres ist dann der Fall, wenn die Sache ohne Tradition zurückfällt, wenn die Lex commissoria angehangen, oder der Kauf bedingungsweise abgeschlossen worden, durch den Eintritt der auflösenden Bedingung aber wieder rückgängig wird. Hier kann die Lehnwaare nicht gefordert, oder, wenn sie schon bezahlt ist, zurückgefordert werden. Erfolgt die Auflösung aber ex nunc, mittelst

Retradition, welches unter andern bei dem Wiederkauf der Fall ist, so muß die Lehnwaare entrichtet werden. Dieser Meinung sind Buri (Erläut. des Lehnrechts B. 2. S. 202.), Beck (vom Handlehn S. 54.), Ortlof (Gr. d. d. PR. S. 425.), Mittermaier (a. a. O.).

Hiermit stimmt auch das Pr. LR. Th. I. tit. 18. §. 739. überein. Der **Codex Maximil. Bav.** bestimmt in Th. 4. **Cap. 7. §. 11. n. 6.**: Bei rückgängigen Gutsveränderungen ist zu unterscheiden, ob die Ursach sothanen Rückgangs schon von der Zeit her, als die Mutation geschehn, ihren Ursprung genommen oder erst hernach ganz neuerlich existirt habe. Letzternfalls wird über das vorhin bezahlte allezeit wiederum ein neues Laudemium bezahlt, andernfalls aber nicht, also wenn z. B. der Käufer das erkaufte Erbrecht **ex pacto legis commissoriae reluitionis**, item von Einstandswegen, oder ob **nullitatem**, **restitutionis in integrum**, oder weil die im Kaufe gesetzte Condition ermangelt hat, wiederum abtreten muß, so ist zwar kein neues Laudemium derwegen zu bezahlen, das bezahlte aber von dem Grundherrn nicht wieder zurückzugeben. Dagegen wenn z. B. der Käufer des Guts an den Verkäufer wiederum freiwillig zurück verkauft, vertauscht, oder sonst überläßt, so muß auch allerdings wiederum ein neues Laudemium entrichtet werden. Diese letztere Meinung ist nun wohl die richtigere. Doch ist in Rücksicht der **Lex commissoria** und dem **pacto addictionem in diem** zu unterscheiden. Ist letztere dem Kaufcontract angehängt, so kann der Kauf nicht ganz aufgehoben werden, denn kommt der bessere Käufer, so tritt er an die Stelle des vorigen; kommt keiner, so bleibt die Sache in der Lage wie vorher: nur ist noch darauf zu sehn, ob nämlich die **addictio in diem** als eine Bedingung hinzugefügt, so daß nämlich erst alsdann, wenn sich innerhalb einer bestimmten Zeit kein besserer Käufer findet, der Kauf gültig werden, bis dahin aber in Suspenso bleiben soll: oder ob der Kauf ganz vollständig abgeschlossen und nur die Bedingung hinzugefügt ist. In jenem Fall ist der ganze Kauf für bedingt zu achten, folglich, da er noch nicht vollständig ist, kann keine Lehnwaare gefordert werden, in diesem Fall aber ist der Kauf vollzogen, sonach muß die Lehnwaare entrichtet werden.

Ist die **Lex commissoria** angehangen, so ist ein wahrer bedingter Kauf vorhanden, und bleibt die Bedingung unerfüllt,

so wird der Kauf rückgängig, und alles in vorigen Zustand zurückgeführt, sonach kann keine Lehnwaare gefordert werden.

§. 711. b) (M. §. 444. n. IV.)
Wenn eine Veränderung des Gutsherrn vorgeht, so braucht keine Lehnwaare bezahlt zu werden.

Buri (Erläuterung d. LR. B. 2. S. 199.) unterscheidet zwischen dem römischen und deutschen Recht, und ist der Meinung, daß nach letzterm die Lehnwaare auch in dem Falle zu bezahlen sei, wenn eine Veränderung in der Person des Gutsherrn vorgegangen sei: doch müsse auf die Verträge und auf die Verjährung Rücksicht genommen werden.

Allein nach der richtigen Meinung, welche v. Pufendorf (Tom. III. Obs. 35. 36. 53.), Leyser (sp. 104. m. 6.), Struben (rechtl. Bed. B. 1. n. 49.), v. Selchow (Elem. iur. germ. §. 243. [364.]), Danz (Handb. B. 5. S. 423), Schröter (a. a. O. S. 437.), Haubold (a. a. O. §. 477.) vertheidigen und auch im Pr. LR. Th. I. tit. 18. §. 730. angenommen ist, kann sie nicht gefordert werden, und zwar darum,

1) weil die Gutsherrschaft dem Bauer das Gut nicht nur für sich, sondern auch seinen Nachkommen überläßt, sonach auch letztere verbunden sind, den einmal geschlossenen Leichvertrag fortzusetzen, ohne daß es einer Erneuerung bei den in manu dominantis eintretenden Veränderungsfällen bedarf, und ohne daß ein Anspruch auf solche in diesem Fall Statt findet.

2) Wollte man jene Meinung behaupten, so würde es ganz von der Willkür des Gutsherrn abhangen, den Besitzer mit dieser Abgabe zu belästigen.

3) Kann sie auch nach dem römischen Recht (L. 3. C. de iure emphyt.) in diesem Falle nicht gefordert werden.

§. 711. c) (M. §. 444. n. IV.)
Der Käufer, nicht der Verkäufer, muß die Lehnwaare entrichten.

Wer ein handlohnpflichtiges Gut erwirbt, muß die Lehnwaare entrichten; sonach der Käufer, nicht der Verkäufer, indem

1) die Lehnwaare ihrer Natur nach blos für die Einsetzung in das Gut entrichtet wird;

2) der Gutsherr sich blos an den neuen Erwerber hält, ohne sich darum zu bekümmern, welche besondere Verträge zwischen ihm und dem vorigen Besitzer eingegangen sind;

3) es eine bloße Mißdeutung der römischen Gesetze ist, wenn man darin eine Schuldigkeit des Verkäufers, diese Abgabe zu zahlen, finden will.

Hiermit stimmen überein: Carpzov (P. II. const. 39. def. 33.), Runde (Gr. d. d. PR. §. 533.), Danz (Handb. B. 5. §. 532. lit. b) S. 417.), Haubold (a. a. O.), auch das Pr. LR. Th. I. tit. 18. §. 714.

Das Gegentheil vertheidigt Schilter (Diss. de bon. laudemial. §. 50.), Buri (a. a. O. S. 191 u. f. f.), indem das römische Recht darüber, ob der 50ste Theil des Kaufgeldes von dem Käufer oder Verkäufer zu entrichten sei, keine Bestimmung enthalte, vielmehr die Vermuthung wider den letztern vorhanden sei. Denn

1) soll ein Theil des Kaufgelds dem Herrn gegeben werden, wer aber das Ganze, nämlich das Kaufgeld, hat, der kann davon nur einen Theil abgeben, und dies ist der Verkäufer.

2) Die L. 3. C. de iur. emphyt. geht blos auf den Verkäufer, und bestimmt, wie sich dieser bei Veräußerungen gegen seinen Herrn zu benehmen habe.

3) Der Zweck der ganzen Verordnung sei der, den unbilligen Forderungen der Herren Schranken zu setzen, diese Forderungen hätten aber blos an die Verkäufer gemacht werden können, indem, wenn der Herr gegen den Käufer solche hätte machen wollen, dieser den ganzen Kauf würde aufgehoben haben. Wenn nun gleich nach römischem Recht diese Meinung als die richtigere zu vertheidigen sei, so müsse doch nach deutschem Recht darum das Gegentheil angenommen werden, weil die Lehnwaare für die Belehnung und Einsetzung oder Bekräftigung in dem Besitz des Guts zu entrichten sei.

Die Gründe, aus welchen dem Verkäufer die Verbindlichkeit zur Entrichtung nach dem römischen Recht obliegen soll, sind ganz hinfällig. Vergl. noch Gmelin und Elsässer jurist. Beob. B. IV. n. 8.

§. 711. d) (M. §. 444. n. V.)

Der Wiederverkäufer kann den Ersatz desjenigen Laudemii, welches er bei seiner Erwerbung bezahlen mußte, von dem Wiederkäufer nicht fordern.

Wenn gleich Carpzov (P. II. const. 30. def. 24.) das Gegentheil annimmt, so ist doch diese Meinung zu verwerfen. Denn

1) liegt die Verbindlichkeit, die Lehnwaare zu entrichten, dem Käufer ob; der Verkäufer hat damit nichts zu thun, es ist in Hinsicht seiner eine res inter alios acta, die zwischen dem Gutsherrn und dem Käufer verhandelt wird; 2) der Käufer kann nicht über eine Unbilligkeit klagen, weil er vorher gewußt, daß er das erkaufte Gut, ohne vorher dem Herrn die Lehnwaare zu bezahlen, nicht besitzen könne, und also stillschweigend in die Bedingung eingewilligt. 3) Der Käufer allein hat die Vortheile für die Bezahlung der Lehnwaare zu genießen, nämlich den ruhigen Besitz der Emphyteuse; für den Verkäufer aber entspringt gar kein Vortheil daraus. 4) Die von dem Gegner angeführten Gründe sind ganz hinfällig, denn wenn behauptet wird, a) daß bei wieder aufgehobenem Contract keiner von beiden Theilen etwas mehr erhalten könne, als was sie erhalten haben würden, wenn der Verkauf nicht geschehn wäre (L. 23. §. 1. D. de aed. edict.), so läßt sich dagegen anführen, daß, wenn gleich von der actione redhibitoria ex ed. aed. auf das pactum de retrovendendo geschlossen werden könnte, so würde doch die angeführte Regel nicht entgegenstehn; denn der Verkäufer gewinnt hier die Lehnwaare nicht, sondern der Gutsherr, und wenn also der Verkäufer solche dem Käufer zu ersetzen verbunden sein sollte, so würde bei solchem die Regel nicht anzuwenden sein, und er nach wieder aufgehobenem Kauf nicht alles dasjenige wieder bekommen, was er vor Abschließung des Contracts gehabt, sondern er würde dasjenige, was er anstatt der Lehnwaare gegeben, wieder einbüßen. Ferner wird b) angeführt, daß dasjenige, was der Käufer auf die verkaufte Sache nothwendig verwendet hat, von dem Verkäufer nach aufgehobenem Kauf erstattet werden müsse, damit der Käufer bei diesem Kauf schadlos gehalten werde (L. 27. in fin. D. de aed. edict.). Allein die Verordnung ist bei der actione redhibitoria gegeben, mit welcher es eine ganz andere Beschaffenheit hat, als wie mit dem pacto de retrovendendo. Bei jener liegt die Schuld an dem

Verkäufer, daß der Contract rückgängig wird, es wäre daher sehr unbillig, wenn der Käufer aus einem Kauf, der durch die Schuld des Verkäufers zurückgeht, Schaden leiden sollte. Bei dem pacto de retrovendendo willigt aber der Käufer gleich anfänglich in die Bedingung, daß nach Ablauf der Zeit der Kauf rückgängig werden soll, und die verkaufte Sache wieder von ihm eingelöset werde, und sonach kann er aus diesem Grunde sich keiner Beschwerden entziehn, die ihm als Käufer wegen der gekauften Sache zugefallen, noch solche hernach bei der Wiedereinlösung von dem Verkäufer wieder fordern, eben so wenig als wie der Verkäufer die Vortheile, so der Käufer vermittelst der verkauften Sache erlangt, begehren kann. (Buri Erl. d. Lehnrechts 5. Kap. S. 201—203.) Hiermit stimmt auch das Pr. LR. Th. I. tit. 18. §. 741. überein.

§. 711. e) (M. §. 444.)

Die Descendenten des ersten Erwerbers sind der Regel nach von der Entrichtung der Lehnwaare auch dann befreit, wenn einer das Gut übernimmt, andere Erben aber sind verbunden ein doppeltes Handlohn zu entrichten.

Was die Frage anbetrifft, ob die Descendenten von Entrichtung des Handlohns frei sind? so verneinen solche Einige, als Hommel (Raps. q. obs. 319. p. 434.). Die Meisten bejahen sie: Carpzov (P. II. c. 39. Def. 31.), Buri (Erl. d. Lehnrechts K. 3. S. 208.), Brockes (a. a. O. §. X.), Beck (vom Handlohn S. 46. 119.), Püttmann (Elem. iur. feudalis §. 239.), Danz (Handbuch B. 5. S. 421.), Haubold (a. a. O. §. 477.), Neues Archiv d. Pr. Rechts B. III. n. 6. S. 269. [y]). Nur in dem Falle, wenn dem Colonen ein vollkommenes Erbrecht in denselben noch nicht eingeräumt worden, sonach bei jedem Veränderungsfalle eine besondere Verwilligung, und mithin eine neue Belehnung von Seiten des Gutsherrn erforderlich ist, könne auch letzterm die Befugniß nicht abgeschlossen werden, die Lehnwaare zu fordern; wenn aber das Erbrecht demselben zustehe, so sind sie in der Belehnung des letztern Besitzers begriffen und bedürfen keiner neuen Belehnung, und sind sonach auch nicht der Laudemialpflicht unterworfen; dann bestimmt auch das römische Recht, daß von den Kindern die quinquagesima nicht zu entrichten sei. Will daher die Gutsherrschaft auf diese

Forderung Ansprüche machen, so muß sie beweisen, daß sie das Recht hergebracht hat. Vergl. Gmelin und Elsässer gemeinnützl. Beob. B. IV. n. 8. Bestritten aber ist die Frage: ob alsdann, wenn einer das Gut übernimmt, die Lehnwaare zu entrichten sei. Buri (a. a. O. S. 211.), Franzkius (de Laudemiis C. 8. n. 49.), Löber (de cohaerede fundum emphyteutic. ad Laudemium detracta sua rata solvendum obligato C. 2. §. 11.), v. Kreitmeier (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 4. Kap. 7. §. XI. n. 5.), Beck (Handlohn C. XIII. obs. 2 und 3.), Walch (de Laudemio a liberis parentibus suis successuris solvendo §. 15. in opusc. Ex. VIII.) bejahen solche. Dagegen sind Andere, Pufendorf (obs. iur. univ. Tom. III. obs. 34. §. 5. 6. 7.), Reinhard (obs. ad Christinaei decis. Vol. VI. obs. 34.), J. H. Böhmer (Tom. II. Cons. P. I. resp. 189. n. 9., wo er sagt: laudemium non praestatur, si bona cohaeredi per modum divisionis assignantur.), Böhmer (Rechtsfälle Th. II. n. 123.), Weber (Handbuch d. LR. Th. IV. S. 238.), welche das Gegentheil darum annehmen, indem

1) kein neuer Besitzer, sondern ein in der ersten Verleichung begriffener Descendent das Gut erhält.

2) Wenn das Gut einem der Descendenten überlassen wird nach einem gewissen Anschlage, so hat dies zwar Aehnlichkeit mit dem Verkauf, allein durch diese Aehnlichkeit wird die Art und Weise der wirklich vollzogenen Erbtheilung nicht aufgehoben. Die Art der Vertheilung ist vielmehr als eine nothwendige Folge, die den Kindern daran verliehene Erbfolge und die Befugniß dieser Abtheilung, so wie die Succession selbst in der elterlichen Verleichung gegründet und daher als eine nothwendige Art der Veräußerung, bei welcher der Gutsherr nicht einzuwilligen hat, anzusehn.

Was dagegen andere Erben betrifft, so sind Einige, als Buri (a. a. O. S. 209.), der Meinung, daß nach dem römischen Recht sie darum von der Entrichtung der Lehnwaare frei seien, weil ihnen das Gut erblich verliehn sei, sie mithin ein Recht auf das Gut erhalten, und ihnen solches nicht sowohl durch die Translation des letztern Besitzers, als vielmehr durch das Gesetz selbst und kraft des erstern Vertrags des Herrn und seiner Vorgänger zukommt, nach deutschem Recht aber wäre jeder Erbe dazu verpflichtet. Allein diese Meinung wird von Andern verworfen, weil nicht einzusehn ist,

wie die Intestaterben in der Belehnung des letzten Besitzers begriffen sein können, und es eine ganz unerwiesene Hypothese ist, daß zwischen dem letzten Besitzer und Intestaterben eine Repräsentation und Unität der Person Statt finde, wie Carpzov (P. II. Const. 39. Def. 20.), Wiesand (Observ. iur. rom. et Sax. Sp. X. in opusc. p. 133.), Danz (a. a. O. S. 423.), Haubold (a. a. O.) annehmen.

Wenn es mehrere sind, und in Gemeinschaft bleiben, sonach das Gut ihnen gemeinschaftlich übertragen wird, so müssen sie auch alle die Lehnwaare entrichten, und wenn nachher einer das Gut übernehmen würde, so kann der Gutsherr mit Recht von ihm die Lehnwaare fordern: bleiben sie aber in Gemeinschaft eine Zeit lang, und übernimmt nachher einer das Gut, so muß von ihm allein die Lehnwaare entrichtet werden. Niemals kann sonach höchstens nur zwei Leib gefordert werden. An manchen Orten wurde bei Sterbefällen laudemisirt, die Abfahrt für den Verstorbenen, der Anfall an sämmtliche Erben, dann, wenn das Gut einem zufiel, die Abfahrt von dem Uebergeber und der Anfall von dem Uebernehmer, folglich ohne den Todesfall, gewöhnlich in vier Fällen das Laudemium genommen. v. Kreitmeier bemerkt, daß sich hierüber Pichler so geäußert: **haec diabolica ratio emungendi et ad incitas redigendi pauperculum gentem rusticam cedet in evidentem perniciem reipublicae, cuius praecipua basis est gens rustica.**

In der bai. Verfassungs-Urk. Beil. VI. §. 10. heißt es, daß in keinem Veränderungsfalle, er betreffe viele oder wenige Theilnehmer, mehr als ein doppeltes Handlohn (Laudemium) berechnet, oder mehr als ein doppelter Leib angesetzt werden dürfe.

Das Pr. LR. Th. I. tit. 18. §. 742. bestimmt, daß, wenn mehrere Erben des letztern Besitzers die Lehnwaare gemeinschaftlich entrichtet, dann, wenn einer nachher bei einer Theilung das Gut zugeschrieben erhält, dieser nicht verpflichtet werden könnte, noch einmal solche zu bezahlen. Den Erben soll eine Frist von einem, längstens zwei Jahren gestattet sein, in Gemeinschaft zu bleiben, nach Ablauf derselben soll aber die Lehnwaare entrichtet werden, und wenn einer nachher das Gut übernimmt, so muß auch dieser eine solche besonders bezahlen.

y) In dem Fall, wenn es zur Contradiction kommt, hat die Gutsherrschaft die Observanz, daß sie befugt sei, von Descendenten das Laudemium zu

forbern, zu erweisen, doch bedarf es nicht eines so strengen Beweises, einer im Contradictorio bestätigten Observanz. Entsch. der Pr. Gesetzcomm. v. 17. Nov. 1804. im Archiv a. a. O. S. 281.

§. 711. f) (M. §. 444. n. VI.)

Die Klage, welche dem Gutsherrn zusteht, wenn der Handlohnpflichtige das Handlohn nicht bezahlt, ist bald die actio ex pacto, condictio ex moribus, ex lege, condictio confessoria utilis.

Dem Gutsherrn stehn verschiedene Mittel zu, um den Handlohnpflichtigen anzuhalten, seiner Verbindlichkeit, das Handlohn zu entrichten, nachzukommen. Bald kann er das Strafhandlohn oder ein Doppeltes fordern, bald die Einsetzung in den Besitz verweigern, bald klagend gegen denselben auftreten.

Welche Klage aber der Gutsherr anstellen könne, darüber giebt es verschiedene Meinungen.

Leyser (Medit. ad P. Sp. 104. cor. 2.), Böhmer (Doctr. de actionibus Sect. II. c. VIII. §. 116.), Müller (Promtuar. iur. nov. Tom. VI. voc. Laudemium n. 43. p. 695.) sind der Meinung, daß die actio emphyteuticaria Statt finde, und zwar darum, weil der neue Kolon allezeit in den Contract seines Vorgängers eintrete, und wenn gleich die actio emphyteuticaria eine actio personalis sei, und sonach gegen einen dritten Besitzer, wie hier der Erbzinsmann sei, nicht angestellt werden könne, so sei doch alsdann das Gegentheil anzunehmen, wenn der dritte Besitzer in den Contract seines Vorgängers eingewilligt, so gar in denselben getreten sei (L. 9. C. locat.). Allein diese Meinung ist zu verwerfen, indem

1) die Verbindlichkeit, das Handlohn zu bezahlen, nicht aus dem zwischen dem Herrn und vorigen Kolonen abgeschlossenen Contract, sondern vielmehr aus der Handlung des neuen Erwerbers entspringt, und das Handlohn nicht ex contractu, sofern pro contractu emphyteuticario bezahlt wird;

2) daraus, daß der neue Besitzer in den Contract seines Vorgängers getreten, läßt sich nicht folgern, daß deshalb die actio emphyt. gegen ihn wegen Zahlung der Lehnwaare angestellt werden kann: denn der Vorgänger, wenn er den Contract fortgesetzt, konnte nicht zur Bezahlung der Lehnwaare verbunden werden, gesetzt auch, daß der neue Emphyteuta als heres den Defunctum repräsentirt, so konnte er doch nicht aus seines Vorgängers Person zur Bezahlung der Lehnwaare angehalten werden, weil die Ver-

bindlichkeit nicht aus dem vorigen Contract herrührt, sondern sich erst bei dem neuen Emphyteuta äußert.

Franzkius (de laudemiis) ist der Meinung, daß die condictio ob causam dati, und Sturm (de praecipuis laudemii capitibus 1732.) die actio de praesc. verbis Statt finde; welche aber von Schilter (Diss. de bon. laud. §. 46.) hinlänglich widerlegt sind.

Buri (Erläut. d. Lehnrechts fort. III. S. 214.) ist der Meinung, daß die condictio ex lege fen. C. de iure emphyt. anzustellen sei, und begegnet dem Einwurf, welchen Franzkius und Sturm machen, daß diese um deswillen nicht Platz greife, weil so wenig die Emphyteusis als die Bezahlung der Lehnwaare von Justinian in der angeführten Lex eingeführt worden, sondern schon lange vorher in Gebrauch gewesen sei, und sonach die vorzüglichste Eigenschaft der condictio ex lege, nämlich die obligatio ex lege nova introducta, fehle. Dadurch, daß 1) aus der L. 7. pr. D. de capit. minut. und L. 1. §. 3. D. de hered. pet. hervorgehe, daß als leges novae bei dieser Materie alle diejenigen zu verstehen sind, welche nach den XII Tafeln gegeben; und wenn auch gleich erwiesen würde, daß das Laudemium vor Justinian in einem Gesetz verordnet gewesen, so würde doch solches immer lex nova bleiben, und an die Zeiten der XII Tafeln nicht hinaufreichen; 2) sei aber das Vorgeben ungegründet, indem in den ältern Gesetzen vor Justinian nichts gefunden werde, das von diesem Rechte bestimmt sei, ob man gleich aus der L. 3. C. de iure emphyt. schließen könne, daß die Herren schon vorher für die Annehmung des neuen Emphyteuten, facto etwas gefordert hätten; folglich da Justinian in der angeführten lege diese Gewohnheit des Herrn in ein gleichgültiges Recht verwandelt und auf einen gewissen Fuß gesetzt, so könne, in so weit die Verbindlichkeit der Emphyteuten wohl per hanc novam legem introducta genannt, und da den Herrn in eben diesem Gesetz keine namhafte Klage vorgeschrieben worden, die condictio ex lege angestellt werden.

Diese Meinung ist nun in so fern, wenn von der Emphyteuse die Rede ist, nicht zu verwerfen; da aber bei allen übrigen Bauergütern die Laudemialpflicht zunächst nicht in jenem Gesetze, sondern in andern besondern Normen sich gründet, so kann auch ohne sichtbaren Zwang das fremde Recht unmöglich zur Quelle der hierzuständigen Klage erhoben werden.

Hellfeld (iurisprudentia for. §. 686.) hält die actio confessoria utilis für die passendste, wenn das Handlohnsrecht selbst dem Herrn von dem Verpflichteten bezweifelt wird. An sich ist wohl diese Meinung nicht ungegründet, es wird aber die aufgeworfene Frage dadurch nicht erschöpft.

Schröter (a. a. O. S. 698—712.) und Danz (a. a. O. S. 429.) sind der Meinung, daß in jedem einzelnen Fall der Grund der Laudemialpflicht genau zu untersuchen und dann erst die Platz greifende Klage namhaft zu machen sei. Beruhe die Verbindlichkeit der Entrichtung in einem Vertrage, so finde die actio ex pacto Statt, sei der Grund das Herkommen, die condictio ex moribus; stütze sie sich auf ein Gesetz, condictio ex lege oder actio confessoria utilis, und wenn zugleich die Abgabe durch das Pfandrecht gesichert sei, so stände der hypothekarischen Klage nichts im Wege.

Diese letztere Meinung hat den Vorzug vor den übrigen: womit auch Puchta (Ueber gerichtl. Klagen. Gießen 1833. S. 298.) übereinstimmt.

§. 711. g) (M. §. 444. n. VII.)

Dem Gutsherrn steht kein stillschweigendes Pfandrecht an dem Vermögen des Handlohnspflichtigen wegen der Entrichtung des Handlohns zu.

Mehrere behaupten, als Jason (ad §. 29. I. de act. n. 74.), Stryck (usus mod. Lib. 6. tit. 3. §. 7.), Schilter (Exercit. 46. ad D. §. 41.), Buri (Erl. d. Lehnrechts. Fortſ. III. S. 215.), Geisler (Diss. de hyp. tac. domini ex causis canonis emphyteutici. Erl. 1773. §. 10.), daß dem Erbzinsherrn überhaupt, so wie dem Verpächter ein stillschweigendes Unterpfandsrecht in dem Vermögen des Handlohnspflichtigen zustehe, dem Erbzinsherrn einer geistlichen Emphyteuse nach der Nov. 7. c. 3. §. 2., wo es heißt: sed siquidem deterius fecerit praedium — cogi eum de suo diligentiam et restitutionem prisci status facere, et obligatum esse ad hoc ipsum et heredes eius, et successores et iusque res.

Andere dagegen sind der entgegengesetzten Meinung, als Lauterbach (in tr. syn. tit. de legat. s. tacita hypoth. th. 98. §. 101.), Gmelin (Concurs d. Gläubiger S. 128. §. 12.), Westphal (Abh. rechtl. Bestärkung der Meinung, daß herrschaftl.

Forderungen aus einem Vertrage zwar mit einer stillschweigenden, doch nicht privilegirten Hypothek versehn sind. Halle 1779. In den Sammlungen. 1. Sammlung Nr. 2.), Danz (a. a. O. S. 430.), Meißner (von stillschw. Pfandrechten §. 74. 198.).

Diese letztere Meinung ist die richtigere. Denn

1) ist der Pachtcontract von dem Erbzinscontract wesentlich unterschieden, und überdies kann eine ausdehnende Erklärung der Gesetze, durch welche ein stillschweigendes Pfandrecht eingeführt ist, nicht vertheidigt werden.

2) In dem angeführten Gesetz ist nicht die Rede von einem stillschweigenden Pfandrecht: an andern Orten drückt sich hierüber der Gesetzgeber weit bestimmter aus (L. 12. C. qui pot. in pign. Nov. 22. c. 4. 109. c. 1.). Die angeführte Stelle geht blos dahin, daß, wenn der Zinsmann die Emphyteuse in einem schlechten Zustand hinterläßt, auch dann, wenn er keine Erben habe, aus seinem Nachlaß die Entschädigung genommen werden könne.

Eben so wenig wie sich ein stillschweigendes Unterpfandsrecht annehmen läßt, eben so wenig steht auch dem Gutsherrn ein Vorzugsrecht im Concurs wegen der Laudemialforderung zu, wenn nicht die Gesetze dieses ausdrücklich bestimmt haben: als das würtemb. LR. Part. 2. tit. 1. Badisches Landrecht P. 4. tit. 22. §. 5. Frankf. Reform. P. 1. tit. 49. §. 7. Sächs. Prozeßordn. Tit. XLII. §. 8. (Haubold a. a. O. §. 480.) Brandenb.-Onolzb. Concursord. §. 24. n. 5. Churpfalz. LR. P. 2. tit. 20. §. 13. Pr. GO. Th. I. tit. 50. §. 451. Baierische Prioritätsord. v. 1. Juni 1822. §. 25.

§. 711. h) (M. §. 444.)

Wenn das handlohnpflichtige Gut sub **hasta** verkauft wird, muß dennoch Handlohn entrichtet werden.

Leyser (Medit. ad P. Sp. 104. medit. 8.) ist der Meinung, daß in dem Falle, wenn das Gut Schulden halber öffentlich verkauft ist, die Lehnwaare nicht brauche entrichtet zu werden, indem

1) die L. 3. C. de iure emphyt. nur von einer freiwilligen und Privatveräußerung handle und diese Verordnung auf eine nothwendige Veräußerung nicht zu beziehn und auszudehnen sei;

2) die Gläubiger blos Verhütung des Schadens, der Herr hingegen einen Vortheil zu erlangen suche, sonach jenen billig nachstehn müsse;

3) es würde hart gegen den Käufer sein, ihn zu etwas Anderem zu verbinden, als was er zu leisten versprochen habe.

Allein aus weit bessern Gründen wird das Gegentheil angenommen von Buri (Erläut. d. LR. Forts. III. S. 206.). Denn

1) dem Herrn, dem einmal gesetzlich das Recht zusteht, Lehnwaare zu fordern, kann solches nicht willkürlich entzogen werden;

2) die Entrichtung der Lehnwaare ist als eine stillschweigende Bedingung anzusehn, welche bei allen Veräußerungen zu Grunde gelegt wird, und von jedem neuen Besitzer übernommen werden muß, worein sonach ein jeder, der ein Erbzinsgut kauft, stillschweigend willigt.

3) Die von den Gegnern angeführten Gründe sind unhaltbar.

a) Die L. 3. C. de iure emphyt. ist allgemein und bestimmt überhaupt, daß bei der Veräußerung vor Annahme des neuen Besitzers dem Herrn die Lehnwaare bezahlt werden soll. Ob aber diese Veräußerung von dem Erbzinsmann freiwillig oder aus Noth und wegen Schulden privatim oder öffentlich unternommen werde, sind alles Umstände, welche auf das Recht des Herrn keinen Einfluß haben;

b) die Gläubiger haben es sich selbst beizumessen, daß sie auf Güter, welche mehrern Lasten als andere unterworfen sind, so viel hergeliehn haben, und können dem Gutsherrn nicht zumuthen, daß solcher ihnen zum Besten das Seinige hergebe, und zu ihrer Befriedigung etwas beitrage;

c) der Herr fordert etwas von dem Käufer, was dieser schon vor der Erwerbung des Guts gewußt hat. Die Eigenschaft, daß es ein Erbzinsgut sei, konnte ihm nicht unbekannt sein, und blieb sie ihm unbekannt, so trägt er seine Schuld, denn ein jeder Käufer ist verbunden, sich nach der Beschaffenheit des zu erkaufenden Grundstücks zu erkundigen.

§. 712. [a]) (M. §. 445.)

Die Succession in Bauerngütern ist, wenn die Particulargesetze keine Abweichungen enthalten, dennoch nicht ganz nach dem Allodialrecht zu beurtheilen.

Unter Voraussetzung, daß das Erbrecht des Gutsbesitzers bestimmt, oder rechtlich vermuthet werden kann [z]), und die Particulargesetze keine andere Bestimmungen enthalten, so finden die Grundsätze des gemeinen Erbrechts auch bei Bauerngütern, doch mit gewissen Beschränkungen, Anwendung. Diese Beschränkungen und Abweichungen haben ihren Grund darin, weil

1) bei der Vererbung der Bauerngüter gewisse ursprünglich germanische Rechtsbegriffe beibehalten sind,

2) der Bauer der Regel nach nicht sein Gut als ganz freier Eigenthümer besitzt,

3) dem Gutsherrn daran gelegen sein muß, das Gut von einem tüchtigen Bauern besessen zu sehn, der im Stande ist, der Landwirthschaft vorzustehn und die bestimmten Dienste zu leisten.

Aus diesen Gründen entstehn wichtige Abweichungen von der gemeinen Erbfolge.

Mit dieser richtigen Meinung stimmen überein: v. Kreitmeier (Anmerk. z. Cod. Max. Th. IV. C. 7. §. 14. S. 440.), Danz (a. a. O. B. 5. S. 301.).

Dagegen sind Andere, als Estor (deut. RW. §. 4483.), Selchow (El. iur. germ. §. 242. [363.]), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 270.), Weber (Handb. des Lehnrechts B. 2. S. 12.), Mittermaier (a. a. O.), der Meinung, daß das gemeine Erbfolgerecht Statt finde. Noch Andere, als Carstens (de success. villical. in ducatu Luneb. Goett. 1763. Cap. IV. §. 107.) und Pufendorf (Observ. iur. univ. T. II. obs. 33. T. III. obs. 26.), behaupten, daß die Lehnsfolge auf die Bauerngüter anzuwenden sei. Diese Meinung ist, wie v. Selchow (de different. praed. rustic. et feudorum quoad successionem §. 12 u. s. f.) gezeigt hat, ungegründet. Denn

1) läßt sich von dem Wort Lehn nicht schließen, daß ein wirkliches Lehn vorhanden ist, indem darunter überhaupt eine Verleichung, Gebung einer Sache (Conradi Diss. de nominibus germanicis Frede et Lehen [in Jenichen Thes. iur. feud. T. I. p. 564.], Zepernick Samml. z. LR. Th. II. n. 1. S. 5.), verstanden wird.

2) Wenn gleich die Investitur bei Bauerngütern vorkommt, wenn gleich eine Lehnwaare entrichtet wird, so sind doch beide von den bei den Lehnen vorkommenden sehr verschieden.

3) Weicht die Lehnsfolge wesentlich von der gemeinen Erbfolge ab, und hat ihren besondern Grund, der bei Bauerngütern nicht Statt hat. Da nun den Bauerngütern die wesentlichen Bestandtheile eines Lehns fehlen, so würde es in der That eine unverzeihliche Inconsequenz sein, wenn man bei denselben Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung nach dem Lehnrecht beurtheilen wollte.

z) Danz Handbuch B. 5. §. 519. — wenn der Bauer das Gut im baulichen Stande erhalten muß, wenn es ihm auf unbestimmte Zeit verliehn ist — wenn die Zinsentrichtung die Natur eines Bekenngeldes hat — wenn das Gut auf die Erben übergegangen — wenn der Besitzer sich bei der Abtretung des Guts eine Leibzucht ausbedungen — wenn viele Dienste geleistet, oder viele Zinsen bezahlt werden — wenn die Entmeierung nur in wichtigen Fällen geschehn kann. Ludolf P. 2. obs. 157. de Pufendorf T. II. obs. 97. 197. T. III. obs. 207. Woltaer Obs. sp. 2. obs. 32.

§. 712. b) (M. §. 445. III. not. 9.)

Das Recht des Ahnerben geht auf seine Kinder über.

Wenn die Kinder des Meiers Ansprüche auf die Succession in das Meiergut haben wollen, so wird vorausgesetzt, daß ihr Vater die gutsherrliche Bemeierung erhalten, ihm der Hof übergeben worden und er solchen wirklich angenommen habe. Wenn daher der präsumtive Ahnerbe vor dem Vater während dessen Wirthschaftsführung verstorben, oder aus dem väterlichen Hofe völlig abgefunden, seinem Vorrechte entsagte, oder auf andere Art sein Ahnerbenrecht verloren hat, so können dessen Kinder vor ihres Vaters Brüdern und Schwestern ihres verstorbenen Vaters Vorrecht nicht geltend machen, und erstere beim Absterben, oder der Abgabe der Stelle ihres Großvaters, von der Erbfolge im Hofe nicht ausschließen. Eine Ausnahme würde nur dann Statt finden, wenn der Ahnerbe bei der Annahme einer Abfindung sich sein Vorrecht ausdrücklich auch für seine Descendenz vorbehalten haben würde. Hiermit stimmt überein Hagemann (pract. Erört. B. 5. n. XLIII.), die Lüneb. Verord. v. 1702. 1720. Das Gegentheil nimmt an: Carstens (tr. de success. vill. p. 112.), denn er behauptet, daß nach Lüneb. Rechten das dem ältesten Sohne zustehende Ahnerbenrecht, selbst wenn er vor seinem Vater verstorben, auf seine Kinder übergeht.

§. 712. c) (M. §. 445. IV.)

Die Annahme einer Abfindung schließt nicht nothwendig von der Erbfolge aus.

Von Einigen, als de **Pufendorf** (Obs. P. I. obs. 83.), v. **Struben** (rechtl. Bedenken Th. 3. S. 97.), wird das Gegentheil angenommen, auch selbst in einigen Landesgesetzen (Braunschw. = Lüneb. Prozeßord. P. III. c. 12. §. 16.) ist dies bestimmt, allein Andere behaupten, daß sich im Allgemeinen dies darum nicht annehmen lasse, weil Entsagungen ihrer Natur nach keine ausdehnende Erklärung zulassen, und aus der bloßen Annahme der Abfindungssumme keine Renunciation auf die Erbfolge gefolgert werden kann. v. **Selchow** (a. a. O. de differentiis §. 12.), **Struben** (de iure villicorum Cap. VIII. §. 6.), **Danz** (a. a. O. S. 305.), **Hagemann** und **Bülow** (Erört. B. 1. Nr. 38.) unterscheiden: ob die väterliche, mit Einwilligung der Gutsherrschaft erfolgte Bestimmung und Anordnung dahin gehe, daß bei Uebergabe und Abtretung der Stelle die übrigen Kinder mit einer Abfindung sich begnügen sollen, oder ob der Vater keine solche Bestimmung gemacht habe. In dem erstern Falle müßten sich die Kinder dabei beruhigen, wenn sich nicht eine Verletzung im Pflichttheil zeige, in dem zweiten Fall aber sei wieder darauf zu sehn, ob bei Bestimmung der Abfindung auf das nach Abzug der Schulden übrig bleibende Allodium Rücksicht genommen worden, oder eine ganz geringe Abfindung festgesetzt sei. In jenem Falle sei diese Abfindung als der ganze kindliche Erbantheil anzusehn, in diesem Falle aber insbesondere, wenn der Abtrag desselben auf geringe Termine und auf mehrere Jahre gesetzt worden, sei solche als eine ex fructibus villae selbst nach und nach zu tilgende, die Colonie principaliter afficirende, mithin nicht als eine bei dem theilbaren, freien Allodio in Absatz zu bringende Forderung zu betrachten, und es könne überall nicht angenommen werden, daß eine so geringe Abfindung den ganzen kindlichen Antheil ausmache.

§. 712. d) (M. §. 445. VI. not. 13.)

Die Ascendenten sind von der Erbfolge in Bauerngütern nicht ausgeschlossen.

Daß die Ascendenten von der Erbfolge in Bauerngütern ausgeschlossen sind, wird zwar von Einigen, als **Walch** (Diss.

de success. ascend. feudali. Jen. 1767. §. 6 — 9. und in Opusc. T. II. p. 185.), darum behauptet, weil

1) nach **Tacitus** de moribus germ. c. 20. überhaupt die Ausschließung anzunehmen sei,

2) weil der Grundsatz (Parömie) gelte, das Gut stirbt nicht zurück, sondern vorwärts;

3) weil sehr viele Gesetze dieses bestimmten.

Allein mit Recht wird von Andern, als **Heineccius** (Elem. iur. germ. Lib. II. tit. 9. §. 216. p. 527.), v. **Selchow** (Elem. iur. germ. §. 532. [653.]), **Danz** (Handb. d. d. PR. B. 5. S. 305. und Ebend. histor. Entwicklung der gemeinrechtl. Erbfolgeart in Lehen §. 48.), das Gegentheil angenommen. Denn

1) läßt sich aus **Tacitus** darum, weil er der Aeltern nicht gedenkt, nicht folgern, daß sie von der Erbfolge ausgeschlossen waren,

2) die Parömie beweist nicht, und derselben könnte man die entgegensetzen: das Erbe fällt in der Mutter Schooß.

3) Wenn noch so viele Gesetze diesen Grundsatz enthielten, welches doch nicht der Fall ist, so würde dadurch kein gemeines Recht begründet werden (s. §. 48. des ersten Th. d. Polemik).

4) Es ist zwar selten, daß die Bauerngüter von dem Sohn auf den Vater zurückgehn, allein die Seltenheit hebt das Recht nie auf; es muß jederzeit eintreten, sobald es an den erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen nicht gebricht.

5) Das Stillschweigen mancher deutschen Rechtsbücher über die Ascendentenfolge fällt dann nicht auf, wenn man an die Begriffe vom Sammteigenthum, von welchen die alten Deutschen ausgingen, sich erinnert, und darneben erwägt, daß nach diesen Begriffen von der Ascendentenfolge die Frage nicht wohl sein konnte.

§. 712. e) (M. §. 445. VI. not. 13.)

Es ist nicht anzunehmen, daß blos die Seitenverwandten zur Folge in Bauerngütern kommen, welche von dem ersten Erwerber abstammen.

Es sind zwar einige Rechtslehrer, als von **Buri** (Erl. d. Lehnrechts S. 945.), **Kopp** (Proben des d. Lehnrechts P. I. p. 299.), **Claproth** (de praediis rusticorum §. 13. 16. und in den Sammlungen jurist. philos. und krit. Abh. P. I. p. 163 —

182.), Carstens (de success. villical. Cap. IV.), Pufendorf (Observ. T. II. obs. 79.), welche den Seitenverwandten nur dann die Succession in die Bauerngüter gestatten, wenn sie von dem ersten Erwerber abstammen, allein mit Recht wird von Andern, v. Selchow (a. a. O. de differ. §. 14—18. u. Elem. iur. germ. exerc. 7. p. 415.), Struben (rechtl. Bedenken Bd. 1. Nr. 148. S. 342.), Danz (Handbuch d. d. PR. Bd. 5. S. 309.), diese Meinung aus folgenden Gründen verworfen:

1) Das der Feudalsuccession zu Grunde liegende Princip, daß das Lehen von dem ersten Erwerber für sich und seine Descendenz erworben werde, und das Letztere nicht ex beneficio ultimi defuncti, sondern ex pacto et provid. maiorum succedire, paßt auf die Bauerngüter ihrer Natur nach nicht.

2) Zu der Zeit, wo das Erbrecht der Bauern an ihren Gütern aufkam, war das römische Recht schon so ausgebreitet, daß Gutsherren und Bauern, die das Erbrecht festsetzten, die Art und Beschaffenheit desselben in den Verträgen nicht anders bestimmten, als wie es in jenem Recht angeordnet war.

3) Wenn in dem Vertrage ausdrücklich bestimmt ist, daß das Bauerngut auf die Erben übergehn soll, so kann nicht angenommen werden, daß darunter blos Descendenten zu verstehen sind, indem das Wort Erbe dem heres vollkommen entspricht, darunter aber auch nach der Nov. 112. die Collateralen begriffen sind.

§. 713. (M. §. 447. n. 1.)

Der, welcher die Auslobung erhält, ist nicht als Erbe zu betrachten.

Die Auslobung oder Abfindung besteht in einer gewissen Summe an Gelde oder aus der Stätte entbehrlichen Mobilien und Moventien, welche der Ahnerbe seinen Geschwistern zu entrichten verbunden ist, wenn er das Bauerngut übernimmt. Sie ist als römischer Pflichttheil darum nicht anzusehn, weil die Größe derselben unbestimmt ist, auch solche nicht nach der Anzahl der Kinder festgesetzt wird. Nicht als eine Abfindung, als Entschädigungsquote wegen Verlustes der Erbfolge, indem solche auch denen zukommt, welche nicht dazu gelangen; sie ist eher als Unterstützungsquote für diejenigen anzusehn, welche in dem engsten Verbande mit dem Ahnerben stehn.

Der, welcher die Auslobung erhält, wird von Einigen, als Cöler (Deciss. 54. n. 4.), Lauterbach (coll. th. Pract. L. 10. tit. 3. §. 15.), Struv (syntag. j. e. Ex. 15.), Leyser (Sp. 116. med. 8.), für einen wahren Erben gehalten, und daher verpflichtet, die Erbschaftsschulden zu bezahlen.

Allein mit Recht wird die Meinung von Andern, als Pufendorf (T. 2. obs. 33.), Wezin (kleinere jurist. Schriften Heft 2. 1799. n. 1.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 272. S. 519.), Danz (a. a. O. S. 394.), verworfen, indem

1) der Begriff von Erbe auf einen solchen Ausgelobten nicht paßt, er in keinem Stücke die Person des Vaters vorstellt, nicht in das ius universum succedirt, an der Reichepflicht und Vorzügen gar keinen Antheil nimmt, an dem Hof und Hofwehr kein Recht hat.

2) Die Erbschaft wird durch Antretung erworben, kann nun wohl gesagt werden, daß das ausgelobte Kind, wenn es gegen Erhaltung einer verhältnißmäßigen Summe die ganze Verlassenschaft an den Anerben abtritt, oder nach dem Gewohnheitsrecht abtreten muß, die Absicht habe, eine Erbschaft anzutreten, welcher es vielleicht stillschweigend entsaget? Es kann so wenig den animum haben, sich die Rechte seines Vaters anzumaßen, als dessen Verpflichtungen zu übernehmen, indem es beides vielmehr ipso facto von sich ablehnt, und ablehnen muß. An der aditio hereditatis fehlt es daher ganz.

3) Mag man den Grund, die Verbindlichkeit des Erben, die Erbschaftsschulden zu bezahlen, in einen Quasicontract oder darein setzen, weil der Erbe die activa, aber auch die passiva übernimmt, so ist doch so viel gewiß, daß ohne die Absicht der Erbesantretung der Erbe den Gläubigern weder ganz noch zum Theil verhaftet sei; ist nun aber der Ausgelobte nicht Erbe, tritt er die Erbschaft nicht an, so kann er auch nicht den Gläubigern verhaftet sein.

§. 713. b) (M. §. 447. n. 3.)

Die Auslobung ist nicht blos aus dem Allodio, sondern auch aus den Früchten des Bauernguts zu bestimmen.

Es ist unrichtig, wenn Einige behaupten, daß die Abfindung blos ex allodio zu bestimmen sei, Danz (Handbuch B. 5.

S. 394.). Denn einmal ist es unrichtig, daß alles Allodialvermögen zur Bestimmung hinzugezogen werden müsse, indem es ja auch untheilbare Allodialstücke giebt, die nicht in Betracht kommen, dann, daß nur das Allodialvermögen in Betracht komme. Denn

1) kommen allen Familienmitgliedern in gewissen Fällen eventuelle Successionsrechte zu; sonach können sie auch, weil diese Rechte durch die Absindung verloren gehn (§. 712. c)), hierauf Ansprüche machen.

2) Da der Besitzer den größern Theil seines Allodialvermögens verwandt hat, so können auch vermöge dieser Version die Einkünfte in Betracht kommen, welche ja als wirkliche Allodialstücke zu betrachten sind; es kann hier analogisch II. F. 28. §. 2. angewandt werden, wo es heißt:

> si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit, et contigerit postea, ut vasallus sine filio masculo decedat: dominus aut patiatur aedificium auferri, aut solvat pretium meliorationis.

So wie der Lehnsherr bei dem Heimfall des Guts verbunden ist, den Allodialerben den Werth der Melioration zu ersetzen, so ist auch der Anerbe verbunden, aus den vorhandenen Revenüen des Guts die Absindung zu bestimmen.

§. 714. a) (M. §. 447.)

Der Interimswirth ist verbunden, den Anerben und seine Geschwister zu ernähren, wenn ein hinlängliches Allodialvermögen vorhanden, das im Gute zurückbleibt.

Da der Interimswirth von dem Gute allen Nutzen zieht, und gewöhnlich der Vormund des Anerben ist, so nehmen Einige eine tutela fructuaria an, und verpflichten den Interimswirth zur Alimentation des Anerben. Allein

1) ist die Interimswirthschaft nicht als eine tutela fructuaria anzusehn, noch eine bloße Verwaltung des Guts zum Nutzen des Anerben, noch ein wirkliches Colonat, sondern eine temporäre Ausübung des Colonatsrechts, ein Nießbrauch, der aber darum, weil der Interimswirth einen Theil seines Vermögens in das Gut verwandte, noch einen größeren Nutzen gewährt.

2) Wenn man auch den Interimswirth als Stellvertreter des Vaters ansieht, so ist doch die Verbindlichkeit des Vaters zur

Alimentation der Kinder nur subsidiarisch, und tritt dann nicht ein, wenn sie eigenthümliches Vermögen haben (Hofacker Princip. i. r. T. I. §. 559.).

3) Wenn das Allodialvermögen in dem Gute zurückgeblieben, so ist ein besonderer Grund der Verbindlichkeit des Interimswirths vorhanden, dem Anerben und den Geschwistern desselben Alimente zu reichen. Da der Interimswirth den Genuß des Allodialvermögens mit hat, auch gewöhnlich der Anerbe kein anderes Vermögen als dieses besitzt, so hat er auch einen gerechten Anspruch auf die Alimentation, und so auch die Geschwister desselben, bis zu der Zeit ihrer Verheirathung oder anderweitigen Versorgung.

Wenn das Allodialvermögen von dem Interimswirth an den Vormund des Anerben herausgegeben ist, so ist kein Grund vorhanden, warum von dem Interimswirth für den Anerben oder für dessen Geschwister Alimente in Anspruch genommen werden können. Hiermit stimmen überein: C. L. Runde (Abh. der Rechtslehre von der Interimswirthschaft auf deutsche Bauerngüter nach gemeinem und besonderm Recht. Gött. 1796. S. 224.), Danz (Handbuch d. d. PR. B. 5. S. 403.), Plate (Bemerk. über d. Meierrecht im Fürst. Lüneb. Herausg. von Hagemann S. 56.), Heise und Cropp (jurist. Abh. B. 2. S. 94.).

§. 714. b) (M. §. 447.)

Der Interimswirth haftet der Regel nach nicht für den casus, und ist nur dann, wenn durch die Revenüen früherer Jahre solcher ersetzt werden kann, zur Wiederherstellung verbunden.

Die Frage, ob der Interimswirth verbunden sei, die durch Unglück zu Grunde gerichteten Gebäude, die vor Sturmfluth die Ländereien schützenden, jetzt beschädigten Deiche, den durch Seuchen verringerten Viehstand wieder herstellen zu lassen, und ob er dies auf seine oder auf Kosten des Anerben vornehmen muß, und ob er, wenn er den erforderlichen Aufwand aus dem Seinigen bestritten hat, demnächst bei Abtretung der Stelle von dem Annehmer ganz oder theilweise Ersatz begehren könne? ist weder in den vorhandenen Gesetzen entschieden, noch auch von Rechtsgelehrten besonders erörtert, als in Heise und Cropp (rechtl. Abh. B. 2. n. III. Ueber die Verpflichtung des Interimswirths, Unfälle zu ersetzen.). Die Gründe zur Unterstützung der Meinung,

daß er überhaupt, ohne weitere Voraussetzung, verbunden sei, die Unglücksfälle zu ersetzen, bestehen in Folgendem:

1) Der Interimswirth übernimmt das Gut nebst Inventar (dem gewöhnlich eine Taxation beigefügt ist), welches er gewähren muß, denn es liegt darin eine Art von Verkauf des Inventar, sonach ist der Interimswirth als Käufer desselben anzusehn, und muß die Gefahr tragen, und selbst den ungewöhnlichen casuellen Verlust. Denn es heißt: **Cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus; sicut fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur. L. 3. D. locuti. L. 54. §. 2. eod.**

2) Da der Interimswirth nicht als Pächter, auch nicht als bloßer Nießbraucher anzusehn ist, so läßt sich das, was die Gesetze in Rücksicht beider bestimmen, auf ihn nicht anwenden. a) Als Pächter ist er nicht anzusehn und kann mit demselben verglichen werden, weil jener ein mit dem Ertrage des Guts in Verhältniß stehendes Pachtgeld entrichtet, und er durch Leistung desselben schon die Kräfte verliert, um noch außerordentliche Unfälle zu übernehmen; der Interimswirth hat außer der Alimentation des Anerben und der Geschwister, die jedoch nur in gewissen Fällen eintritt (§. 714. a)), nur diejenigen Prästationen von dem Gute zu machen, welche der Stellvertreter selbst leisten und daneben doch noch die Mittel finden müßte, unvorhergesehene Unglücksfälle zu übernehmen. Es kann sonach der Interimswirth schon nach dem Grundsatz, daß die zu tragenden Nachtheile mit den zu genießenden Vortheilen in einem gehörigen Verhältniß stehen sollen, zu außerordentlichen Leistungen verpflichtet werden. b) Als bloßer Nießbraucher und Fideicommißbesitzer ist er auch nicht zu betrachten, indem er für die eingeräumte Benutzung der Stelle die bestimmte Verbindlichkeit übernommen hat, die Pflichten des Stollbesitzers gegen den Staat und gegen den Gutsherrn zu erfüllen, den Hof im gehörigen Stand zu halten und für Ernährung des Anerben zu sorgen. Bei welchen Pflichten als wesentliche Bedingung das Geschäft anzusehn ist, daß der Interimswirth überall nicht für berechtigt erachtet werden kann, sich dieser übernommenen Verpflichtung einseitig zu entschlagen und auf fernern Genuß der Stelle vor Ablauf der Mahljahre zu verzichten.

3) Der Interimswirth ist als Gutsbesitzer und einstweiliger Eigenthümer zu betrachten, und muß sonach nach der Regel **casus sentit dominus** die Gefahr übernehmen.

Allein bei näherer Beurtheilung dieser Gründe ergiebt sich die Nichtigkeit derselben. Daher ist die Meinung die richtigere, daß der Interimswirth der Regel nach nicht verbunden ist, den **casus** zu übernehmen, wenn nicht der Schaden durch die Revenüen aus den frühern Jahren zu ersetzen ist. Die Gründe sind:

1) Der Interimswirth ist im Verhältniß zum Staat und Gutsherrn wie ein Stellvertreter zu betrachten, und so wie dieser als sorgfältiger Hauswirth zu handeln verbunden: einen Theil seines Vermögens verwendet er in das Gut, und hat keine weitere Verbindlichkeit gegen die Stelle, als welche sich mit seinen persönlichen Kräften, mit diesem Einbringen und aus dem Ertrage der Stelle bestreiten lassen; er braucht nicht nach der ganzen Absicht des Annahmevertrags aus seinem übrigen Vermögen etwas in die Stelle zu verwenden, wenn dieses auch die Bedürfnisse derselben erheischen sollten: er ist zur Aufnahme eines Anlehns berechtigt. Hieraus ergiebt sich denn, daß, wenn er solche Auslagen aus seinem etwaigen eignen Vermögen bestreitet, ihm solche der Anerbe bei Uebernahme der Stelle vergüten müsse.

2) Wenn aber der Schade sich mit dem Eingebrachten und mit den nach Erfüllung der übrigen Pflichten des Guts bleibenden Einkünsten desselben bestreiten läßt, so muß der Interimswirth so verfahren, wie der Hauswirth, wenn ihn die Unglücksfälle betroffen hätten. Ein sorgsamer Colon kann, wenn er sich in seinen übrigen Ausgaben möglichst einschränkt und eifrigst bemüht, durch angestrengte Thätigkeit und Sparsamkeit das Verlorne wieder zu ersetzen und die bei dieser Gelegenheit gemachten Schulden nach und nach abzutragen, leicht den ganzen Schaden ersetzen. Daher ist es auch Pflicht des Interimswirths, dies zu thun; was er hierdurch bestreitet, kann er einst von dem Anerben nicht wieder ersetzt verlangen.

3) Er ist aber auch verbunden, den Schaden mit aus den Ersparnissen zu ersetzen. Dann würde der Colon, dessen Stellvertreter er ist, auch dazu verbunden sein: jener wird aus den ersparten Geldern den entstandenen Schaden zu ersetzen suchen, ehe er zur Bestreitung der Ausgaben ein Kapital aufnehmen würde. Ein Gleiches zu thun ist der Interimswirth verbunden; auch ist

kein Grund einzusehn, warum zwischen frühern und spätern Zeiten unterschieden werden soll, denn die Mahljahre des Interimswirths sind als ein Ganzes zu betrachten, indem bei der Bestimmung des Einzubringenden und den sonstigen Verpflichtungen desselben stets darauf Rücksicht genommen wird, wie viele Wirthschaftsjahre er zu genießen haben soll. Ist dies, so muß es als ganz gleichgültig angesehn werden, ob der Unfall sich zu Anfang oder zu Ende der Zeit ereignete, genug, wenn es überhaupt während der Interimswirthschaft geschah. Man kann dagegen nicht einwenden, daß der verschwenderische Hauswirth weit besser daran sein würde, denn da ungewöhnliche Unglücksfälle immer möglich bleiben, so muß auch der sorgsame Hauswirth im Voraus darauf Bedacht nehmen, und bei reichern Jahren für künftige unvorhergesehne Fälle etwas auf die Seite legen, und thut daher der Interimswirth, der vor Beendigung der Wirthschaftsjahre, wo er erst das Erübrigte als sein freies Eigenthum betrachten darf, die Ueberschüsse der Einkünfte aus der Stelle vergeudet, Unrecht hieran, so daß er, wegen solcher Verletzung seiner Pflicht, zu einer Vergütung aus seinem etwaigen übrigen Vermögen angehalten, oder in Ermangelung eines solchen, durch Schmälerung seines Antheils zur Leistung eines Schadenersatzes genöthigt werden könne.

Der in den Scheingründen angeführte Satz **casus sentit dominus**, kann hier gar nichts entscheiden. Denn diese Regel findet nur dann Anwendung, wenn jemand durch den Untergang der Sache zunächst verliert, und Verpflichtungen Dritter, für solche verlorne Rechte einen Ersatz zu leisten; an sich und von besondern Rechtsgründen abgesehn, nicht eintreten, sie läßt aber die Frage unerledigt, ob es nicht gerade die besondere Natur eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses mit sich bringt, daß ein Anderer dem jetzigen oder künftigen Eigenthümer der verunglückten oder beschädigten Sache für die nachtheiligen Folgen des Unfalls Entschädigung zu geben habe. Wenn das Gebäude abbrennt, so verliert der Anerbe das Eigenthum und der Interimswirth als interimistischer Colon; es folgt aber daraus an sich nichts über die Verpflichtung des Einen oder des Andern, die Kosten zur Herstellung des Gebäudes zu bestreiten, vielmehr läßt sich die Frage nur aus der Natur der zwischen ihnen bestehenden Contractsverhältnisse entscheiden. Eher ließe sich der Grundsatz anwenden, daß **species perit ei cui debetur**, denn daraus würde folgen, daß

der Interimswirth, der den Hof nebst Zubehör dem Anerben demnächst in specie zu restituiren hat, es diesem überlassen dürfe, das Verunglückte oder Beschädigte demnächst wieder herzustellen. Allein auch diese Regel könnte nur dann zur letzten Aushülfe benutzt und zur Anwendung gebracht werden, wenn sich aus der besondern Natur der Verhältnisse und aus dem Wesen der von dem Interimswirthe übernommenen Verpflichtungen keine specielle Norm der Entscheidung ableiten ließe, welches doch hier der Fall ist.

§. 714. c) (M. §. 447. Note *.)

Der Interimswirth ist verbunden, die Lehnwaare zu entrichten.

Die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Lehnwaare findet nicht blos in dem Falle Statt, wenn Jemandem das Eigenthum an einer Sache (vollständiges oder getheiltes) übertragen wird, sondern auch dann, wenn Jemandem ein dingliches Recht verliehn wird. Dies ist hier der Fall.

1) Dem Interimswirth wird das dingliche Recht am Gute selbst übertragen, er ist nicht blos Nießbraucher, indem ihm nicht blos die Benutzung des Guts, sondern auch andere Rechte zustehn;

2) der Interimswirth muß den Nießbrauch und den lebenslänglichen Unterhalt vom Hofe auf eben die Art und durch eben die Abgaben erwerben, welche ein wirklicher Colonus bei Antretung des Colonatsrechts selbst zu bezahlen verbunden ist. Es kann dagegen nicht eingewandt werden, daß der Interimswirth

a) kein wahrer Colonus sei, er ist solches wie mancher andere, dessen Colonatsrecht widerruflich oder von Bedingungen abhängt;

b) daß nur der Emphyteuta und der diesem ähnliche Erbzinsmann zur Entrichtung der Lehnwaare verbunden ist. Denn wie Struben (tract. de bonis meierdingicis §. 7. p. 517.) bemerkt: quod laudemium sit laboris compensatio pro actu translatae possessionis symbolico.

3) Eine Folge der Interimsverwaltung ist ein eventuelles Colonatrecht, welches der Interimswirth sich und seinen Kindern erwirbt.

Dieser Grund ist vorzüglich wichtig, wenn die Abgabe bei Vererbung des Guts in absteigender Linie nicht erlegt zu werden braucht, mithin die Kinder des Interimswirths, wenn der Fall

ihrer Erbfolge eintritt, von der Laudemialpflicht befreit sind, da der Vater schon für sie das Gut beweinkauft hat.

Der Interimswirth bezahlt für sich den Weinkauf ohne Rücksicht auf den Anerben, mag dieser von der Entrichtung frei sein oder nicht. Er kann nicht mit einem Vormund und bloßem Verwalter verglichen werden, welche, wenn sie im Namen des Pflegbefohlenen die Lehnwaare entrichten, letztern dadurch von der Entrichtung befreien.

Dieser Meinung sind Runde (von der Interimswirthschaft §. 38—42.), Danz (a. a. O. B. 5. S. 407.), Eichhorn (Einl. z. d. PR. §. 263. S. 679.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 274. not. * äußert sich nicht).

Der entgegengesetzten Meinung ist v. Feuerbach (Civilistische Versuche N. 7.), indem er behauptet,

1) daß der Interimswirth ein Nießbraucher sei, ein Nießbraucher aber zur Bezahlung der Lehnwaare nicht verpflichtet werden könne;

2) weil der von Runde angeführte Grund, daß die Lehnwaare wegen eventueller Successionsrechte bezahlt werde, unhaltbar sei, indem höchstens dadurch erklärt werden könnte, warum der Interimswirth nach einzelnen Particulargesetzen, nicht aber, daß er überhaupt nach einer allgemeinen Regel zur Bezahlung des Laudemiums verbunden sei: es könnte die Billigkeit der Einführung einer solchen Regel, nicht aber ihr rechtliches Dasein und ihre rechtliche Nothwendigkeit beweisen. Allein selbst die Billigkeit sei jener Behauptung nicht günstig: warum soll sich der Interimswirth noch besonders sein Recht erkaufen, welches er mit der Interimsverwaltung erhält, und durch die Lasten, die er übernimmt, hinreichend aufgewogen wird. Die Verwendung des Eingebrachten in das Gut wiege doch schon allein die Vortheile des Aufheurens auf.

Erstere Meinung ist aber offenbar gegründeter und auch in mehrern Meierordnungen angenommen.

§. 715. (M. §. 448.)

Das abgemeierte Gut fällt nicht immer dem Gutsherrn anheim.

V. Selchow (de differentiis praed. rusticorum in Elect. iuris germ. Exercit. VII. p. 387—438.) ist der

Meinung, daß dem Gutsherrn das dem Meier aus gegründeter Ursache genommene Gut anheim falle, und er es einem Andern überlassen könne. Allein nach richtiger Meinung, welche Weber (Handb. d. Lehnrechts B. II. S. 13.) vertheidigt, ist zu unterscheiden, ob das Gut als Lehn zu betrachten oder dies nicht ist: in jenem Fall kann der unschuldige Agnat das Gut nach dem Tode des Meiers und seiner Kinder vindiciren, oder die Rückgabe desselben vom Gutsherrn fordern; im letztern Fall aber kommt es darauf an, ob die Verwandten des Abgemeierten das Gut in Anspruch nehmen, oder Andere, welche ihr Recht aus der Person des Abgemeierten nicht herleiten: jene haben keine Befugnisse und können sonach von dem Gutsherrn die Abtretung des in Besitz genommenen nicht verlangen, letztern steht aber dieses Recht zu.

Achtes Buch.

Vom Privatrechte der Gewerbe überhaupt.

I. Unterabtheilung.

Von dem Gewerbe- und Zunftrechte.

---

§. 716. (M. §. 450.)

Die Zünfte kamen bei der größern Ausbildung der städtischen Verfassung auf.

Ueber die Frage, zu welcher Zeit die Zünfte entstanden sind, sind die Meinungen sehr getheilt.

De Ludewig (de opifice exule in pagis Diss. 2. c. 3. §. 4. — de re bafiaria tinctorum c. 2. Diss. 2. Hallische gelehrte Zeitungen v. J. 1732. Th. I. S. 554.), Dreyer (de usu iuris Anglo-Saxonici p. 56.), sind der Meinung, daß die Zünfte schon im J. 925 entstanden, nachdem Henrich I. die Städte erbaut und die öffentlichen Versammlungen, Zusammenkünfte und Gastereien in dieselben verlegt habe. Jener stützt sich auf die Stelle in Wittichind (Lib. I. annal. ap. Meibom. p. 639.), wo es heißt: concilia et omnes conventus atque convivia in urbibus voluit celebrari.

Daß diese Meinung ganz ungegründet ist, hat schon Gäbel (in praef. ad Beier. Tr. de colleg. opific.) hinlänglich erwiesen, indem er bemerkt, daß es sehr zweifelhaft sei, ob Wittichind a. a. O. von den Handwerkszünften handele, vielmehr sei diese Stelle von Jahrmärkten zu verstehen, welche Henrich in die Städte verlegt habe, womit auch Riccius (Spicilegium iur. germ. Lib. I. tit. IX. p. 328.) übereinstimmt.

Eine andere Hypothese ist in Siebenkees (Beiträge zum d. R. Th. 4. S. 321. §. 3.) aufgestellt, wo die Errichtung der

Zünfte von der Kriegsverfassung in den Städten hergeleitet wird. Allein wenn man auch bei der städtischen Kriegsverfassung auf die Innungsverfassung Rücksicht nahm, und solche in Verbindung setzte, so folgt noch nicht, daß diese durch jene entstanden sind. Andere dagegen, als Lehmann (Chron. spec. Lib. 4. c. 14.), Riccius (a. a. O. p. 329.), Neues Hannoverisches Magazin (fünfter Jahrg. 1795. 1796. S. 56—59.), Westphal (d. PR. Th. I. Abh. 23. §. 16. S. 213.), Spittler (in Abh. der königl. Societät zu Götting. V. IX. hist. Classe. S. 107.), Eisenhardt (Versuch einer Anleitung z. Stadt- und Bürgerrecht S. 298.), Danz (Handb. d. d. PR. B. 5. S. 39.), J. A. Ortloff (das Recht d. Handwerker. Erl. 1803. §. 11. S. 43.), Eichhorn (Rechtsgeschichte Th. II. §. 312.), sind der Meinung, daß die Zünfte erst im 11. und 12. Jahrh., nachdem die Städte in juristischer Bedeutung in Deutschland entstanden, aufgekommen sind.

Mit der Entstehung und Vermehrung der Städte hatten sich die Lebensbedürfnisse vermehrt, es sei eine höhere Kultur entstanden, und so habe sich die Anzahl der Handwerker vermehrt; der Adel und die Geistlichkeit hätten aber beides, das Entstehen der Städte und die Ausbreitung der Handwerker, ungern gesehn, indem sie dadurch viele Vasallen und Knechte verloren hätten; es habe daher an Versuchen aller Art, die alten Verhältnisse wieder herzustellen, nicht gefehlt, allein eben dieses Drängen habe die Handwerker veranlaßt, sich, um den Bedrückungen von Seiten der höhern Stände zu widersetzen, enger zu verbinden, und so wären denn Gilden, Innungen, Zünfte und Aemter entstanden. Doch sei dies nicht eher als im 11. und 12. Jahrh. geschehn, wie aus den vorhandenen Urkunden zu ersehn sei.

Im J. 1106 bestätigte Bischof Albert zu Worms drei Fischerinnungen (Schannat hist. Worm. T. II. p. 62.), im J. 1134 erhielten die Tuch- und Leinewandhändler, desgleichen die Kürschner zu Quedlinburg von K. Lothar II. die Befreiung vom Standgeld auf dem Markt (Maderi antiq. bruns. p. 242.). Im J. 1152 bestätigte Henrich der Löwe die Gilde der Gewandschneider und Kramer zu Hamburg, derselbe machte zu Lübeck die Verordnung, daß kein Handwerker in den Rath aufgenommen werden dürfe; im J. 1153 bestätigte der Erzbischof Wichmann jedes Gewerk, groß und klein in seinem Wesen, und

befahl, daß sie bei Ehren erhalten werden sollen; zugleich bestätigte er die Schusterinnung, und erlaubte ihr, einen Obermeister zu wählen, der ihm jährlich zum Anerkenntniß zwei Pfund Silber darbringen und ausschließungsweise die Gerichtsbarkeit über die Innungsgenossen auszuüben befugt sein soll. Kein Fremder solle ohne Bewilligung der ganzen Innung seine Arbeit auf öffentlichem Markte verkaufen (Maibom. S. R. germ. T. II. p. 329. Ludwig in Reliq. Mst. T. II. p. 389.). So finden sich zu Braunschweig (Leibnitz S. R. germ. T. II. p. 61.), zu Goslar (Heineccius Antiq. Gosl. Lib. II. p. 219.), zu Würzburg (Fris. Chron. Würzb. p. 557. 570. 585.), Handwerksinnungen in diesen Zeiten.

Noch Andere, als Sieber (von den Schwierigkeiten in Reichsstädten das Reichsgesetz v. 1731 zu vollziehn §. 104.), sind der Meinung, daß die Innungen zuerst in den Reichsstädten aufgekommen sind. Diese Meinung wird aber durch die vorhandenen Urkunden widerlegt, woraus sich ergiebt, daß auch in andern Städten, die nicht zu den Reichsstädten gehörten, Innungen vorhanden wären.

Hüllmann (Geschichte des Ursprungs der Stände 3. Th. Nr. VIII. p. 132 u. s. f.) äußert sich über den Ursprung der Zünfte dahin: in dem mittlern Jahrhundert sei es eine allgemeine Maasregel der Handelspolizei gewesen, daß gleichartige Waaren sämmtlich an einem Orte der Stadt hätten verkauft werden müssen (Rudolf I. dipl. a. 1278. bei Lambacher Chr. p. 161.), wo es heißt: teneantur [consules] sub debito iuramento, omnibus rebus venalibus congruum forum imponere). Daher die Lagerhäuser, Hallen, Tuchhallen für die Gewandschneider, in Aachen, Stendal, Wien, die Leinewandhäuser in vielen Städten, Frankfurt a. M.; die gleichartigen Handwerker sollen auf einem öffentlichen Platz verkaufen; von den Gerüsten, die aufgestellt wurden, hießen die Marktplätze fast überall Bänke, Brot-, Fisch-, Schuhbänke. Bei den Handwerkern, welche in der Stadt ansässig gewesen, sei der Wunsch entstanden, in ihren Wohnungen zu verkaufen, daher es gekommen, daß sie in einer Straße zusammen gewohnt, z. B. die Schuster, daher die Schustergasse. Diese Rechte an Bänken, die Ausübung des Handwerks in einem von den Häusern der angewiesenen Straße sei nach und nach erblich geworden — Trachten, die Zahl der Gerechtigkeiten, die Concurrenz

im Absatze gering zu erhalten, sei die Veranlassung des Zunftwesens geworden. Auswärtigen Arbeitern sei der Verkauf in den Bänken nur dann gestattet worden, wenn sie sich den Verbindungen angeschlossen hätten. (Forts. Wichmann dipl. a. 1157. bei Ludwig T. II. §. 389. nisi cum omnium eorum voluntate qui iure illo, quod Ininge appellatur, participes existunt.) Die eigenmächtigen Satzungen gleichartiger, durch Eigennutz vereinigter Handwerker sei die Grundlage der Zunftconstitution geworden; sie seien nachher von dem Landesherrn bestätigt worden.

Der allgemeine Corporationsgeist des Mittelalters, als nothwendige Folge des Mangels an Rechtspflege und Polizei, verbunden mit allgemeiner Gewerbseifersucht, hatte auch andere Handwerker, die nicht zusammengewohnt, als unter andern die Schneider, veranlaßt, sich enger zu verbinden, und landesherrliche Privilegien zu erhalten. So wären die Innungen (die älteste Benennung) entstanden. Der Name Gilde sei nachher von einigen Zünften von den kaufmännischen Verbindungen entlehnt. Unter diesen verschiedenen Meinungen hat diejenige den Vorzug, welche den Ursprung der Zünfte in das XI. und XII. Jahrh. setzt. Die Veranlassung hierzu hat wohl Hüllmann am besten entwickelt. Daß 1) nicht früher Zünfte vorhanden, ergiebt sich aus den vorhandenen Urkunden; Handwerker gab es schon in großer Anzahl früher [a]).

2) Daß sie erst später aufkommen, davon liegen die Ursachen theils in der Denkart der deutschen Nation, deren Stolz in Führung der Waffen bestand, und die alle andere Beschäftigungen als unedel betrachtete, theils in der Religionsverfassung, die allen Trieb zur Arbeitsamkeit erstickte, theils in der natürlichen Beschaffenheit des Landes, welches, voller Einöden, Wildnisse und Moräste, nicht viel Verkehr und Verbindungen zwischen den Einwohnern gestattete; theils in der Ermangelung einer guten Staatseinrichtung, indem bald die innern Befehdungen, bald die Einfälle fremder Völker jede Bemühung des menschlichen Fleißes wieder fruchtlos machten. Hierzu kam noch die Bedrückung und Geringschätzung des Bauernstandes, die einen Mangel an solchen Producten veranlaßten, welche die unentbehrlichsten Materialien der Gewerbe sind, und ohne deren Besitz sie ihre Arbeiten nicht zur Existenz bringen können. Erst in der Folge, da die Städte errichtet, die Verfassung derselben sich vervollkommnet hatte, veränderten sich diese Verhältnisse, die Kultur stieg und mit ihr die Bedürfnisse, und so die Vermehrung

der Handwerker, welche durch den Druck, den sie anfänglich erlitten, durch mannichfaltige Beschränkungen, welche ihnen in Ausübung ihrer Handwerke gemacht, endlich veranlaßt wurde, sich enger mit einander zu vereinigen [b]).

a) Daß Numa Pompilius Collegia der Zünfte gestiftet habe, wie aus einer Stelle Plutarchs im Numa p. 155. zu ersehen sei, Sigonius de antiq. iur. civ. Cap. XII. de opific., Struv (iurisp. opific. II. 366. §. IV.), ist eine ganz verwerfliche Meinung, so wie überhaupt die, daß es bei den Römern eigentliche Zünfte gegeben habe. Heineccius de colleg. et corp. opif., Platner de colleg. opif. Lps. 1809. Auch sind die Sodales, auf welche sich Sigonius bezieht und in der Tab. VIII. der XII. Tafel vorkommen, nicht Handwerker, sondern wie Gothofred in Comm. p. 224. richtig bemerkt, die fratres arvales, Adam röm. Rechts-Alterth. S. 552., Schweppe v. RG. Dritte Aufl. v. Gründler. Gött. 1832. §. 205. not. 4., Günther hist. iur. §. 19. f. M. a. a. O. not. 1. Es kommen in den Gesetzen der Burgunder (Lex. burg. T. XXXI. §. 2. bei Georgisch p. 356.), der Allemanen (Lex Alemanorum Tit. XXXIX. n. 7. bei Georgisch p. 230.), viele Bestimmungen vor, so wie auch in den Capitularen (Cap. Carol. mag. de villis XLV. bei Georgisch p. 614.); allein an eine Vereinung derselben war noch nicht zu denken.

b) Die spätere Entstehung der Zünfte läßt sich auch erklären, warum im Sachsenspiegel nichts von Zünften vorkommt.

§. 716 b). (M. §. 450.)

Die Handwerker waren in den frühern Zeiten von knechtischer Abkunft.

Daß die Handwerker in den frühern Zeiten, ehe die Zünfte aufkamen, meistentheils von knechtischer Abkunft waren, ergiebt sich aus der **Lex burgundior. (Tit. XXXI. §. 2.)**, wo es heißt: **Quicunque vero servum suum aurificem, argentarium — vel sutorem in publico attributum artificem exercere permiserit. — Otto Frisingensis** bemerkt beim J. **1154. quoslibet contemtibilem mechanicum artium opifices ab honestioribus et liberioribus studiis, tanquam pestem propellunt.** Wie könnte dies auch bei einer Nation, bei welcher die Führung der Waffen die Ehre eines jeden Freigebornen ausmacht, anders sein? Die in die Städte aufgenommenen Handwerker verloren nach und nach die Verächtlichkeit (Anrüchigkeit), diejenigen aber, welche nicht füglich in den Städten aufgenommen werden konnten, als Müller, Leinweber u. s. w., behielten diesen Flecken, und wurden selbst von den Stadthandwerkern als verächtlich angesehen; erst in der Mitte des 16. Jahrhunderts verloren sich diese Vorurtheile.

Da die Handwerker früherhin von knechtischer Abkunft waren, so läßt sich auch erklären, wie die Benennung Knecht (Schuster-, Bäcker-, Müller-Knecht) aufgekommen ist.

Hiermit stimmen überein Riccius (a. a. O. p. 322.), Fischer (Geschichte d. d. Handels Th. 1. S. 376.), Ortlof (Recht d. Handwerker S. 40.), das Gegentheil nehmen an Walch (Diss. de homine proprio iuris civitatis experte §. 3.), Eisenhart (Stadt- und Bürgerrecht S. 299. not. 2.).

§. 717. (M. §. 451.)

Die Aufhebung der Zünfte ist für den Staat mehr nachtheilig als vortheilhaft.

Die Geschichte der Reichsgesetzgebung beweist, daß die Aufhebung der Zünfte mehr nachtheilig für den Staat als vortheilhaft war. Friedrich II. schaffte die Zünfte in der Stadt Goslar 1219 mit Ausnahme der Münzer ab; es heißt in der Urkunde: datum est regali praecepto, quod nulla coniuratio, nec promissio, quae teutonice Innige vel Gelde, nisi solum monetariorum ea de caussa, ut caveat de falsis monetis. Sein Sohn Henrich VII. stellte solche 1223 auf Befehl seines Vaters, mit Ausnahme der Zimmerleute und der Weber, wieder her: volumus, heißt es, etiam et mandamus iuxta mandatum Seren. Patris nostri Friderici quatenus fraternitates, quae Gilden dicuntur, in ipsa civitate Goslar in statum pristinum reducantur, excluso carpentariorum et textorum consortio, ita quod nullum sine consensu mercatorum pannos incidere praesumat. König Henrich berathschlagte, veranlaßt durch die vielen Beschwerden, die besonders die Bischöfe gegen die Zünfte und ihre Vorsteher vorgebracht, auf dem Reichstage zu Worms 1231 mit den Ständen, und der Schluß fiel dahin aus, daß keine Stadt und kein Ort Zünfte zu errichten vermögend, und die vorhandenen abzuschaffen verbunden sei. (Schannat Cod. dipl. hist. eccl. worms. no. CXIX., Ludwig in opif. exule in pagis p. 56.) Kaiser Friedrich erneuerte 1232 diesen Beschluß auf dem Reichstage zu Ravenna, und hob alle Zünfte ohne Ausnahme auf. (Schannat Cod. dipl. hist. eccl. worms. no. 120., es heißt hier: irritamus nihilominus et cassamus cuiuslibet artificii confraternitates seu societates, quocunque nomine vulgariter appellantur.) Allein wir finden nicht, daß diese Gesetze so wirksam waren, die Zünfte in jedem Reichslande abzuschaffen; finden wir nicht, daß die Städte in der Mark Brandenburg während dieser Zeit ihre Innungsbriefe erhielten? und da,

wo sie wirklich abgeschafft waren, wieder hergestellt wurden? Die Reichsgesetzgebung war mit der Territorialgesetzgebung in keinem Einklang. In neuern Zeiten, wo die Gesetzgebung darauf bedacht war, viele Gebrechen abzustellen, das Veraltete, nicht mehr mit den Zeitverhältnissen in Harmonie Stehende, abzuschaffen, wurde die Frage: ob es zweckmäßig sei, die Zünfte aufzuheben? sorgfältig erörtert und von Mehrern bejaht, von Vielen aber verneint [c]).

Die Gründe für die Beibehaltung sind aber überwiegend. Wichtig ist das, was in den Motiven zu dem Preuß. Gesetzbuch Th. 1. Abth. 2. Tit. 3. Rubr. des 3. Abs. S. 90. hierüber von dem Großcanzler von Carmer bemerkt wird. Es heißt hier:

„Die Frage: ob die Aufhebung der Innungen und Zünfte in einem Staate anzurathen sei? ist in ältern und neuern Zeiten ein wichtiges Problem für die Staatswirthschaftskunde gewesen; die Gründe, welche man für die bejahende Seite der Frage anführt, bleiben, wenn man den Prunk der Declamation, die nur gar zu oft Zunftmißbräuche mit Zunfteinrichtung selbst verwechselt, davon absondern will, wenigstens noch sehr zweideutig. Die in andern Reichen gemachten Erfahrungen sind diesen Gründen gar nicht günstig gewesen. So lange man aber nicht mit vollkommner Gewißheit annehmen kann, daß ein überwiegend großer Vortheil für das allgemeine Beste dadurch zu erreichen stehe, so lange muß die offenbare Verletzung wohl hergebrachter, und großentheils in ältern Zeiten gar nicht unentgeldlich erworbener Rechte, ohne welche die gänzliche Aufhebung der Zünfte nicht geschehn konnte, von einem solchen Schritte billig zurück halten. Wenn der Staat alle unbillige Erschwerungen der Aufnahme in Mittel und Innungen abstellt, wenn er das Recht behält, Freimeister einzusetzen, oder auch, wenn es die Noth erfordert, geschlossene Mittel in ungeschlossene zu verwandeln und die Zunftartikel zu reformiren, so wird er im Stande sein, den wirklichen nachtheiligen Folgen dieser Verfassung nach Erforderniß von Zeit und Umständen vorzubeugen und abzuhelfen, ohne dagegen die nicht zu verkennenden Vortheile derselben, unter welchen die engere Anknüpfung solcher Bürger an ihr Vaterland und ihren Wohnsitz, nebst der Unterhaltung jener schätzbaren, demnach nur noch in Zunftverbindung anzutreffenden Ueberbleibsel der bürgerlichen Ehre, gewiß nicht die geringsten sind, gänzlich aufopfern zu dürfen."

c) s. Schriften in M. §. 451. no. 3., und a. Justi Polizeirecht C. I. §. 542. u. v. Kreitmeier Anm. z. Cod. Max. Th. V. Cap. VI. §. XV., Fichte der geschlossene Handelsstaat, Tüb. 1800, der offene Handelsstaat von Hestermann, Lpz. 8. 1803. Das Interesse des Menschen und Bürgers bei bestehender Zunftverf. Königsb. 1802.

§. 717 b). (M. §. 451.)

Der Reichsschluß v. 1731 und das Commissionsdecret v. 1772 waren vor Veränderung der deutschen Reichsverfassung, auch ohne besondere Publication in den einzelnen Reichslanden, verbindlich, doch konnte der Landesherr etwas gegen den Inhalt verordnen, jetzt aber steht jedem deutschen Bundesfürsten die Befugniß zu, solche aufzuheben.

Daß diese beiden Reichsgesetze auch ohne besondere Publication in den Reichslanden verbindlich waren, ist unbestritten; die Frage aber: ob dem Landesherrn die Befugniß zugestanden, gegen den Inhalt derselben etwas zu verordnen, wurde verschieden beantwortet.

Fricke (Recht der Handwerker §. 18. S. 22.) ist der Meinung, daß diese Befugniß dem Landesherrn nicht zugestanden habe, weil das Reichsgesetz eine vertragsmäßig unter den Reichsständen getroffene und vom Kaiser ratificirte Verordnung sei.

Mit Recht aber haben Andere, Cramer (wetzl. Nebenstunden XXII. 139.), v. Berg (Polizeirecht Bd. 3. S. 475.), Glück (Pandecten-Comment. Th. I. §. 24.), Kulenkamp (das Recht der Handwerke und Zünfte Marb. 1807. §. 10.), das Gegentheil aus folgenden Gründen angenommen:

1) Reichsgesetze, denen die salvatorische Clausel angehängt, konnten abgeändert werden; nun aber heißt es in dem art. I. des Reichsschlusses:

„wie denn jedem Reichsstand ohnedem, nach Gelegenheit der Zeit, der Lauften und Umstände, Kraft besitzender Regalien, alle landesherrliche Gewalt und in Ansehung derselben die Aenderung und Besserung der Innungsbriefe in ihrem Gebiete allewege vorbehalten bleibe."

Daß diese Bestimmung eine wirkliche salvatorische Clausel begreift, ist aus den Worten ersichtlich.

2) Das Reichsgesetz wurde vertragsweise zu Stande gebracht, daraus läßt sich schließen, daß die Stände nicht die Absicht gehabt haben, sich des vorzüglichsten Rechts der Landeshoheit, der freien Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, zu begeben.

3) Die angegebene Bestimmung leidet in so fern eine Ausnahme, als dieses Gesetz solche Grundsätze aufstellt, ohne deren Beobachtung der gemeine Zweck, nämlich Abstellung der Mißbräuche, nicht erreicht werden kann. Da es aber Gebräuche geben kann, die nur durch Uebertreibung oder falsche Anwendung Mißbräuche werden, so ist allerdings auf Ort, Zeit und Umstände Rücksicht zu nehmen, und in so fern ist die Landespolizei, selbst bei gewissen Mißbräuchen, an die bestimmten Vorschriften des Reichsgesetzes nicht schlechterdings gebunden.

Nach Aufhebung der Reichsverfassung haben die Reichsgesetze, nach dem art. 2. der rhn. Conföderationsacte, ihre verbindliche Kraft verloren und der Reichsschluß gilt in einem deutschen Bundesstaate, wenn er besonders publicirt ist, als Landesgesetz, kann aber von dem Souverain aufgehoben werden. (Polemik Th. I. §. 27.)

§. 718. (M. §. 453.)

Eine Gewerbs- und Zunftsache ist in so fern eine Justizsache, als dabei nach den bestehenden Gesetzen ein Recht in Anspruch genommen wird.

Ueber die Frage: was sind Justiz-, was Polizeisachen? sind die Meinungen sehr getheilt. Hommel (Rhapsod. Vol. IV. obs. 502.), Zwerlin (Beiträge zur Verbesserung des Justizwesens im Kammergericht Th. II. S. 90—128.), Hohenthal (Liber de Politia Lpz. 1776.), Neurath (Diss. sistens observationes nonnullas de cognitione et potestate iudiciaria in causis, quae politiae nomine veniunt, Erl. 1780.), Scheidemantel (allg. Staatsrecht Th. II. S. 65.), v. Berg (Polizeirecht Th. I. S. 131—187.), Martin (Lehrb. des gem. Prozesses §. 55.), Drais (Blätter für Polizei und Kultur, Jahrg. 1803.), v. Gönner (Handb. des Prozesses Bd. 2. n. XXVI.), Harl (Handb. d. Polizeiwissenschaft S. 141.), Mittermaier (Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Prozesses, im Archiv f. civil. Prax. B. IV. Heft 3. n. XXIV.).

Justizsachen sind von Polizeisachen unterschieden

1) in Ansehung des Zweckes, indem bei jenen die Entscheidung des Rechts unter den Partheien durch den Richter der Zweck ist, bei diesen das Gemeinwohl, Abwendung gemeinschädlicher Uebel;

2) in Ansehung der Subjecte, da bei jenen ohne Kläger und Beklagten kein Richter, kein Verfahren von Amtswegen statt hat, bei diesen aber der Staat, wegen seines unmittelbaren Interesses, auch unaufgefordert einschreitet.

3) In Ansehung der Mittel, da die Urtheile der Richter nach den Gründen, welche für das Rechtsverhältniß der streitenden Theile gültig sind, die Maaßregeln in Polizeisachen nur nach Gemeinwohl berechnet werden können;

4) In Ansehung der Handlungen, die erstern im Wege des gerichtlichen Verfahrens behandelt werden, diese aber an ein solches Verfahren nicht gebunden sind, sondern nach Zeit, Ort und Umständen ihre Bestimmung erhalten.

5) In Hinsicht der Staatsgewalten, als Grund des Einflusses, welchen der Staat auf den Gegenstand hat, unterscheiden sie sich in so fern, als bei Justizsachen es vor die richterliche Gewalt, als das Mittel zum Zweck gehört, in Polizeisachen hingegen, bald die legislative Gewalt, in Aufstellung allgemeiner Normen, bald die vollziehende, in Subsumtion concreter Polizeifälle unter diesen Normen thätig sind.

Eine Polizeisache ist sonach vorhanden,

1) so oft unter Bürgern über ein Verhältniß gestritten wird, dessen Regulirung dem Wirkungskreis der Polizeibehörden nach der ihr in dem Lande ertheilten Instruction angehört, wo kein Theil sich auf ein erworbenes Recht berufen kann, so daß blos über das Dasein, oder die Auslegung dieses Rechts die Frage wäre;

2) wenn ein Privatmann eine Forderung macht, welche ein dem Wirkungskreis der Polizei anvertrautes Verhältniß betrifft, wo der Fordernde sich nicht auf ein specielles Recht berufen kann, sondern blos Billigkeit seiner Forderung behauptet;

3) wenn die Polizeibehörde eine in ihren Wirkungskreis einschlagende Handlung vorgenommen, oder eine Verfügung erlassen hat, durch welche sich ein Privatmann beschwert glaubt.

Der nämliche Gegenstand kann, von der Seite einer Rechtsverletzung betrachtet, Justizsache, und von der andern Seite seines Zusammenhanges mit dem öffentlichen Wohl, Polizeisache sein. Es kann ein Civilproceß entstehn, so bald die streitige Frage auf das Dasein oder die Auslegung eines speciellen von einem Privatmanne behaupteten Privatrechts sich bezieht. Unter andern, wenn

über die Gewerbsgrenzen bereits durch Vergleich oder rechtskräftiges Urtheil entschieden ist, worauf sich einer beruft.

So zweifelhaft der Unterschied zwischen Justiz- und Polizeisache, ist auch der zwischen Justiz-, Gewerbs- und Zunftsache.

In einiger Hinsicht giebt der Reichsabschied v. 1654. §. 106. eine Entscheidung, denn es heißt in demselben: „Soll es daneben auch gehalten werden, wenn Sachen, die den bei einem Stand insgemein eingeführter guter Polizei-, Zunft- und Handwerksordnungen, anhangen, durch Appellation an unser — Kammergericht gezogen werden wollen, daß der Richter, ehe er die Prozeß erkennet, jedes Orts Obrigkeit, und des status publici mit einlaufendes Interesse mit seinen Umständen wohl erwägen: fürnehmlich aber in dergleichen Sachen keine Inhibition leichtlich erkennen, sondern dafern solche Sache wider selbigen Orts hergebrachte vernünftige und den Reichconstitutionen nicht ungemäße Handwerks- und andere hergebrachte rechtmäßige Ordnungen laufet, zur Abschneidung des in denen Reichsconstitutionen so hoch verbottenen Auftreibens und Scheltung der Meister und Gesellen und andere Ungelegenheiten ab und an des Orts Obrigkeit, als die ohne das den Gewalt haben, dergleichen statuta nach Gelegenheit der Läuft und Zeiten zu widerrufen und zu verändern, verweisen."

Bei der Frage: was ist Justiz-, was Gewerbs- und Zunftsache? kommt es auf folgenden Unterschied an: ob über die Grenzen der Gewerbe, das Dasein und den Umfang des Rechts nach den bestehenden Gesetzen, ein Recht in Anspruch genommen, oder, ob die Zweckmäßigkeit des Gesetzes selbst angefochten und dessen Abänderung verlangt wird. In dem ersten Fall gilt es einer Subsumtion des streitigen Falls unter das Gesetz, welches die Interessenten als Norm ihrer Rechte anerkennen; das Resultat der Untersuchung ist ein Ausspruch über streitige Rechte, und der Gegenstand unter den Rechtsgesichtspunct gestellt. In dem zweiten Fall dagegen kann die richterliche Gewalt nicht thätig sein, weil ihr nicht zukommt Gesetze abzuändern. Diese Abänderung richtet sich nach Gründen des Gemeinrechts, und dieser Act des Gesetzgebers macht sichtbar keinen Ausspruch über Rechte der Parteien: folglich ist eine Gewerbs- und Zunftsache in dieser Lage noch keine Justizsache, ob sie gleich Justizsache werden kann, wenn die Rechtmäßigkeit einer Abänderung selbst in Zweifel gezogen wird. Dieser Meinung ist vorzüglich v. Gönner (Beobachtung über verschiedene Rechtsma-

terien N. 53. im jurist. Archiv B. III. Heft 3. S. 455. Ebenderselbe, Abh., in wiefern sind Zunft- und Gewerbssachen eine Justizsache, als Vorrede zu Bohonovsky, von dem Rechte des Regenten, Gesetze über bürgerliche Rechtsverhältnisse abzuändern. Landsh. 1803.).

Anmerk. Die Eintheilung in administrative und contentiose Sachen ist aus der französischen Gesetzgebung entlehnt, das Gesetz v. 11. Sept. 1790, brachte Verwaltungsstreitigkeiten zur Entscheidung in letzter Instanz an den Staatsrath. Durch das Gesetz v. 28. Pluviôse an. VIII. wurden zur Entscheidung dieser Gegenstände, die jeder Präfectur beigegebenen Präfecturräthe als sogenannte wahre Gerichtshöfe eingerichtet. Als die höhere Behörde über diese Gegenstände galt der Staatsrath, für welchen in Ansehung dieser Streitigkeiten ein in mancher Hinsicht wichtiges Réglement sur les affaires contentieuses portées au Conseil d'état v. 22. Jul. 1806 erging, während spätere Gesetze einzelne Fälle zur Competenz des Staatsraths verwiesen, bis die Ordonanzen v. 27. Juni 1814 und 23. Aug. 1815 das Verhältniß dieser Stelle genauer bestimmten, und eine eigene comité du contentieux anerkannten. Nachgebildet wurde dies vorzüglich in Baiern: in der Verord. v. 11. Jan. 1799 wird bestimmt, daß Streitigkeiten der Handwerker und sonst über einen das Publicum vorzüglich interessirenden Gegenstand, nicht zur Entscheidung der Civilgerichte gehören sollen, und in der Verord. v. 8. Aug. 1810, 2. Octbr. 1811, 1. Jul. 1812 dasselbe in Rücksicht der Gewerbsstreitigkeiten wiederholt. — Gründe für diese Abtheilungen in Gönner Motiven des Entwurfs eines Gesetzbuchs in bürgerlichen Rechtssachen S. 54., Oesterlei Handbuch des Hannov. Prozesses Th. I. S. 91.; der entgegengesetzten Meinung sind: Mittermaier in der Recension des v. Gönnerschen Entwurfs in der hallischen Literatur Ztg. 1816 n. 184., Ebend. in dem a. Archiv S. 353., Rudhart, über die Verwaltung der Justiz durch die Administrativbehörden, Würzb. 1817., Spaun in den politischen und literarischen Phantasien. Germanien, 1817. n. IV. Die Gründe für letztere Meinung sind: 1) wird in der Natur der Privatrechte dadurch, daß das Recht mit den allgemeinen Staatseinrichtungen zusammenhängt, nichts verändert; 2) es ist kein Grund vorhanden, dem Civilrichter diese Streitigkeiten nicht zur Entscheidung anzuvertrauen; 3) der Bürger ist befugt zu verlangen, daß der ihm

angewiesene Richter mit so viel Umsicht, Rechtskenntniß, Selbstständigkeit und Unabhängigkeit dastehe, daß die Partheien, indem sie sich an diesen Richter wenden müssen, für den Verlust ihrer Freiheit, sich beliebige Richter zu wählen, hinreichend entschädigt sind. Der Verwaltungsrichter kann den Partheien, von Seiten seiner Rechtskenntniß und äußern Stellung, kein besonderes Vertrauen einflößen.

Anmerk. 2. Das iudicium finium regundorum kann utiliter bei Grenzstreitigkeiten der Handwerker zur Anwendung gebracht werden. Schmidt th.-pract. Comment. über Klagen und Einreden B. 4. S. 424.

§. 719. (M. §. 454.)

Die Zunftartikel müssen obrigkeitlich bestätigt sein, wenn sie als verbindlich betrachtet werden sollen.

S. §. 28. des 1. Th. d. Polemik.

Die Gutachten von Handwerksinnungen sind den Parere der Kaufmannsinnungen, in Hinsicht ihrer verbindlichen Kraft, gleich.

S. §. 34. des 1. Th. d. Polemik.

§. 720. (M. §. 455.)

Handwerker ist der, welcher rohe oder auch schon verbesserte Materialien mechanisch um Lohn oder Kauf bearbeitet.

Der Begriff von Handwerker ist zu eng, wenn man darunter, wie Kulenkamp (a. a. O. §. 1.) und Mittermaier (a. a. O.), einen solchen versteht, der rohe Materialien kunstmäßig bearbeitet: denn es giebt auch Handwerker, welche schon verbesserte Materialien bearbeiten, wie Ortloff (a. a. O. §. 1.) und Danz (Handbuch B. 5. S. 465.) richtig bemerken; dadurch, daß Letzteres geschieht, wird der Handwerker noch kein Künstler: denn Letzterer unterscheidet sich von dem Erstern dadurch, daß zur Ausübung seines Gewerbes nicht blos mechanische, sondern auch andere Kenntnisse erfordert werden: nicht wie Kulenkamp annimmt, daß die Künste nicht zu den bürgerlichen Nahrungen gezählt werden, indem nach den neuern Verfassungen Handwerke auch auf Dörfern und in Märkten betrieben werden. Unnöthig ist es, in die Definition aufzunehmen „zu Befriedigungsmitteln menschlicher Bedürfnisse,“ denn auch ein Fabrikant liefert solche.

§. 720 b). (M. §. 455.)

Eine Anzahl von Classen von Handwerkern läßt sich nicht annehmen.

Estor (deutsche Rechtsgelehrsamkeit 45. §. 256.) nimmt 132 Classen, Klock (de aerario L. 2. c. 33. n. 3.) sieben[d]), Hasse (Handb. z. Kenntniß d. pr. Polizei- und Kameralwesens 3. B. Magdeb. 1797.) vier Classen[e]) an.

Allein, wie Kulenkamp (a. a. O. §. 2.) richtig bemerkt, es läßt sich kein vollständiges Verzeichniß der Handwerker angeben, indem die stets wachsenden und neu aufkommenden Bedürfnisse und neue Erfindungen immer neue Gattungen von Handwerkern hervorbringen.

Anmerk. Wegen der Landhandwerker, s. Th. I. §. 160. d. Polemik.

d) Zur ersten Classe zählt er die, welche zur Erhaltung des Lebens, zur Nahrung und Gesundheit Sachen bearbeiten, zur zweiten die, welche sich mit Verfertigung der Kleidung und der zur körperlichen Cultur überhaupt nöthigen Dinge beschäftigen, zur dritten die, welche uns Wohnungen und andere Gebäude verschaffen, zur vierten die, denen man den Hausrath und die übrigen häuslichen Instrumente verdankt, zur fünften die, welche die Bedürfnisse der Geistescultur verfertigen, zur sechsten die Kriegshandwerker, zur siebenten die, welche Sachen zum Luxus, Producte zum Vergnügen und zur Zierde liefern.

e) Nahrungs-, — Kleidungs-, — Bau- und vermischte Handwerke.

§. 720 c).

Zwei Handwerke können in manchen Fällen ohne Nachtheil neben einander von Jemandem betrieben werden.

Struv (Iurispr. opific. T. II. p. 373. n. XIII.) und Schmith (Untersuchungen über d. Natinalreichthum B. 1. K. 1.) sind der Meinung, daß zwei Handwerke nicht leicht von einer Person zugleich betrieben werden können, indem

1) dadurch leicht eine Verwirrung in den Zünften veranlaßt werden könnte; (sich auf die L. I. §. 2. D. de colleg. et corp. und auf die Parömien: „vierzehn Handwerker, funfzehn Unglück; er kann viel Handwerke, aber Betteln ist das Beste“ berufend.) Eisenhart Gr. d. t. Recht in Sprichwörtern. S. 66.)

2) die Vertheilung der Arbeit nothwendig den Arbeiter, der sich nur auf eine einzelne einfache Operation einschränkt, und die Operation zur Beschäftigung seines ganzen Lebens wählt, geschickter machen muß, so daß er eine bessere Arbeit in einer kurzen Zeit, als ein Anderer, hervorzubringen im Stande ist;

3) weil der Vortheil, der durch die ersparte Zeitversäumniß, die durch den Uebergang von einer Arbeit zur andern gewonnen wird, viel bedeutender ist, als man bei dem ersten Anblick denkt;

4) jeder Arbeiter die leichtesten und bequemsten Mittel zur Erreichung seines Zweckes weit eher entdeckt, wenn seine ganze Aufmerksamkeit auf eine einzelne Operation gerichtet ist, als wenn sie sich unter einer großen Mannigfaltigkeit von Dingen getheilt befindet. Allein aus bessern Gründen nehmen Lamprecht (von der Cameralverfassung und Verwaltung der Handwerke, Fabriken in den pr. Staaten. Berl. 1797. S. 196.), Weißer (Rechte der Handwerker nach allg. Grundsätzen und nach würtemb. Gesetzen 1780. S. 261.), Ortloff (a. a. O. S. 339.), das Gegentheil aus folgenden Gründen an:

1) Die Handwerksmeister sind bei verschiedenen Gewerben nur Aufseher und Leiter ihrer Untergebenen; sonach auch im Stande, mehrere Handwerke zu übersehen.

2) Mehrere Handwerker sind mit einander so verwandt, daß sie selbst oft die Arbeiten, die einem oder dem andern zukommen, kaum zu unterscheiden vermögen, oder auch cumulativ verfertigen, z. B. Schreiner und Zimmerleute — Schlosser und Schmiede. Carpzov (Part. II. decis. 194. n. 23.)

3) Arbeiten gewisse Handwerker nur zu einer gewissen Jahreszeit, als Maurer u. s. w., und können sonach in der andern Zeit ein anderes betreiben.

4) Der Absatz eines Handwerks ist oft sehr gering, durch Betreibung eines andern würden größere Vortheile entstehn.

Sind solche Fälle vorhanden, so ist nicht einzusehn, warum man solchen Meistern, wenn sie sonst Kräfte und Geschicklichkeiten genug besitzen, die Erlaubniß, ihr Gewerbe zu vervielfältigen, um dadurch zu einem größern Wohlstand zu kommen, oder auch dem Publikum ihre Produktionen wohlfeiler zu liefern, willkürlich abzuschlagen, sich für befugt halten möchte.

§. 721. (M. §. 456.)
Das Wort Gilde kommt von Geld.

In den frühern Zeiten nöthigte die öffentliche Unsicherheit die Handelsleute, sich in größere, bewaffnete Gesellschaften zu vereinigen, wenn sie Jahrmärkte besuchen wollten. Die zu einer Reisegesellschaft gehörenden Kaufleute verbanden sich frühzeitig zu einer

geschlossenen Gesellschaft mit eigenen, durch die Gewohnheit aufgekommenen Gebräuchen und mit gemeinschaftlicher Reiselast. Die Aufnahme in eine solche Verbrüderung geschah feierlich unter Ablegung eines Eides, daher auch diese Vereinigungen Verschwörungen genannt wurden, nachher Eyningen, und von dem zusammengelegten Reisegeld Gilden. In **Capit. Car. mag. a. 776. c. 16.** heißt es: **de sacramentis pro gildonia invicem coniurat.** f).

Dieser Name wurde in der Folge auf die Handwerkszünfte, welche weit später als die Kaufmannsinnungen entstanden, übergetragen.

Mit dieser richtigen Meinung stimmt überein Hüllmann (Gesch. d. Ursprungs der Stände Th. I. S. 220. III. S. 137.).

Eine ganz andere Ableitung hat Struv (**Syntag. iurisprud. opificiariae T. II. p. 355.**), indem er sagt: **potius a voce gelten deduci posset ista vox, eo quod valida, licita et adprobata sint collegia, unde sodales recepti,** gültige Meister, sich auf Zahn (**ichnogr. municip. L. II. c. 8. n. 10.**) berufend. S. n. Zeitschrift der hist. Theologie. Herausg. von Ilgen B. 2. St. 1. Leipz. 1832. S. 16. Ursprung und Umbildung der altnordischen Gilde oder festl. Zusammenkünfte v. Magnusen, aus dem Dänischen v. Mohnike: über das Wort Gilde.

Anmerk. In einigen Ländern heißen sie Mittel, z. B. in Schlesien. Struv (a. a. O. p. 354. §. 12.) leitet es daher, weil die Zunft gleichsam eine Gesellschaft vorstelle, von welcher jedes Mitglied aus der Mitte ist, und jedes gleiche Rechte habe. Daher auch das Wort mittelfähig, als **habilis, idoneus ad ingrediendum.** Auch werden die Zünfte öfters Gaffel und Zeche genannt.

f) **Hincmar epist. ad Presbyteros parochiae suae a. 852. c. 16. de collectis, quas Geldonias vel confratrinas vulgo vocant.**

§. 722. (M. §. 456.)

Zwischen geschlossenen und gesperrten Handwerken ist ein wesentlicher Unterschied; beide können von dem Landesherrn aufgehoben werden.

Was den Unterschied zwischen geschlossenem und gesperrtem Handwerk betrifft, so werden beide oft mit einander verwechselt, ob sie gleich wesentlich verschieden sind. Das geschlossene bezieht sich auf die Personen, das gesperrte auf das Handwerk. Wenn die Zahl der Mitglieder einer Zunft bestimmt ist, so heißt die Zunft geschlossen;

gesperrt, wenn die Handwerker von der Art sind, daß, um die Geheimnisse ihres Handwerks und der dabei vorkommenden Manipulation zu bewahren, sie verpflichtet sind, keinen Ausländer in die Lehre zu nehmen, keine fremde Gesellen zu fördern, noch denen, welche bei ihnen ausgelernt haben, das Wandern in fremde Länder zu gestatten, außer dahin, wo auch ein solches gesperrtes Handwerk ist. Den Meistern ist verboten auszuwandern und auswärts sich niederzulassen. Daß dem Landesherrn das Recht zusteht, dergleichen geschlossene Handwerke aufzuheben, wird zwar von Mehrern vorzüglich dann in Abrede gestellt, wenn die Statuten die Anzahl der Meister bestimmt haben, als von Berlich (Decis. 150. n. 31.), Besold (de aerario publ. cap. 3. sect. 6.), de Lyncker (resolut. 475.), Beier (de iure prohibendi c. 7. th. 1. ant. 311.), Mevius (ad ius lubec. tit. 13. art. 3. n. 37.), Heineccius (Diss. de colleg. opific. c. 2. §. 16.), Estor (kleine Schriften Th. I. Nr. VI. S. 588.), und zwar darum, weil

1) die Beschränkung der Handwerke zum gemeinen Besten gereiche, und zu viele Handwerker einerlei Gewerks in den Städten nachtheilig seien;

2) die Reichsverordnungen v. 1693. §. 14. v. 1730. §. 26. 1731. §. 13. n. 7. auch nicht entgegen ständen, da nicht ein jeder Mißbrauch gemißbilligt werde, sondern nur der, welcher nachtheilig sei, das hier nicht anwendbar sei.

Allein diese Meinung ist ganz zu verwerfen. Denn

1) kann der Regel nach ein jeder Bürger Handwerke treiben;

2) Beschränkungen der Anzahl der Handwerke ist nachtheilig für den Staat, die freie Concurrenz vortheilhaft. Für die städtische Gemeinde entsteht dadurch ein wesentlicher Nachtheil, da sie von der Willkür einiger weniger abhängt, welche leicht unter sich eine Steigerung des Preises der Waaren bewirken können.

3) Bestimmen die Reichsgesetze die Abschaffung der Mißbräuche; da nun aber jene Beschränkung offenbar zu den Zunftmißbräuchen gehört, so steht auch dem Landesherrn die Befugniß zu, solche aufzuheben;

4) würde dadurch ein Monopol entstehn; diese können aber aus Gründen des Staatswohls nur in gewissen Fällen ertheilt werden (L. un. C. de monop.).

Hiermit stimmen überein: Textor (in prooem. Diss. de iuribus opificum), Ziegler (de iure maiest. L. 1. c. 47.), Pufendorf (T. II. Obs. 64.), Cramer (wetzl. Nebenstunden Part. VII.), Struben (rechtl. Bedenken B. 4. Bed. LXII.), Kulenkamp (a. a. O. S. 47.). Neuere Gesetze haben meistentheils diese Beschränkungen aufgehoben: in Baiern ist dies geschehn durch die Verord. v. 16. März 1804. 5. Jan. 1807. (Novellen z. baier. Landrecht S. 259. Reingruber Elemente der allg. Gewerbsfreiheit in Baiern 1819.)

§. 722. b) (M. §. 456.)

Zwischen vereinigten und verwandten Handwerken ist ein wesentlicher Unterschied; in Ansehung der erstern kommt es auf den Vertrag an; bestimmt dieser nichts, so ist nicht anzunehmen, daß alle Innungsrechte gemeinschaftlich geworden sind.

Die vereinigten Handwerker sind meistentheils kleine Handwerker, welche einander in die Hände arbeiten. Doch können sie heterogener Natur sein, wie Kulenkamp (a. a. O. S. 50.) von Treysa bemerkt, wo Schreiner, Glaser, Wagner und Schmiede in einer Zunft bei einander sind. Hiervon unterscheiden sich sonach die verwandten Handwerke, z. B. Messerschmiede und Messerbeschlager. Ist eine Vereinigung mehrerer Handwerker in eine Zunft erfolgt, so ist zuerst auf den Vereinigungsvertrag Rücksicht zu nehmen; bestimmt dieser nichts, so ist die Frage bestritten, ob durch die Vereinigung die Innungsrechte, welche eine oder die andere Zunft besitzt, auf die andere übergehe und sonach gemeinschaftlich werde; z. B. ob die mit den Schmieden vereinigten Schlosser Schmiedesachen, oder umgekehrt, jene Schlossersachen machen können. Diejenigen, welche diese Frage bejahen, unterstützen solche durch folgende Gründe:

1) Durch die Vereinigung sind alle Rechte der vereinigten Handwerker gleich geworden, folglich auch die in den Innungsartikeln enthaltenen;

2) den in der Zunft vereinigten Handwerkern steht kein ius prohibendi gegen einander um so weniger zu, da einer Zunft dergleichen Befugniß nur gegen andere, die nicht zur Innung gehören, zusteht, und der Grundsatz gilt: privilegatus contra aeque privilegatum iure suo non utitur.

Allein aus bessern Gründen sind Struv (iurisp. opific. T. II. Lib. V. C. II. VI. p. 360.), Westphal (d. Privatrecht Th. I. S. 215. §. 22.), Danz (Handbuch B. 5. §. 456.) der entgegengesetzten Meinung. Denn

1) es mag die Vereinigung homogener oder heterogener Handwerke erfolgen, so geschieht dies immer mit Aufrechthaltung der Rechte der vereinigten Handwerker. Der Zweck der Vereinigung ist nicht darauf gerichtet, daß nach Willkür jeder von den vereinigten Handwerkern die Gegenstände bearbeitet, welche diesem oder jenem Handwerk eigenthümlich zukommen, sondern vielmehr darauf, daß alle einem Gesetz unterworfen werden, daß sie ein gemeinschaftliches Siegel, gemeinschaftliche Zusammenkünfte, einerlei Beiträge, einerlei Vorsitzer, und eine gemeinschaftliche Lade haben. Die Verbindung solcher combinirter Handwerker bezieht sich demnach nur auf das gemeinschaftliche Interesse der Gesellschaft, das sie als — Zunft — hat, für die besondern Bedürfnisse eines jeden einzelnen Handwerks blos als — Gewerk — betrachtet, hingegen kann auch, der bestehenden Combination ungeachtet, ein jedes einzelne Handwerk abgesondert besorgt werden.

2) Innungsrecht erfordern, daß deren Commoda Niemand genieße, als blos der, welcher das Handwerk ordentlich gelernt hat.

3) Eine Gemeinschaft in einigen Stücken bewirkt noch keine Totalvereinigung in allem, und die exceptio in casibus non exceptis begründet die Regel.

4) Wenngleich die vereinigten Handwerke ein gemeinschaftliches Privilegium erhalten haben, so sind sie doch noch immer als getrennte Gesellschaften gegen einander zu betrachten, und behalten sonach das ius prohibendi gegen einander bei, und wenn auch das eine von den vereinigten Handwerken größere Vorrechte genießt, so hat dies keinen Einfluß: iam autem si privilegia duorum sunt diversi generis, aut unus de lucro captando, alter de damno vitando certat, etiam contra aeque privilegatum uti licet privilegio. (Stryk de iure privilegati contra aeque privil. cap. 2. n. 27.)

§. 722. c) (M. §. 456.)

Geschenkte Handwerke (richtiger schenkende) sind die, bei welchen reisende Gesellen einen Zehrpfennig erhalten.

Der Reichsschluß v. 1731 bestimmt, daß einem wandernden Gesellen zum Geschenk, wo solches hergebracht, höchstens 4 bis 5 Gr. gegeben werden soll. Er hebt zugleich aber auch die mißbräuchlich hergeleitete Folgerung, daß ein geschenktes Handwerk ehrenvoller und redlicher sein soll, auf. Wird dem wandernden Gesellen eine Mahlzeit gegeben, so heißt der Meister, den die Reihe trifft, Irtenmeister, denn Irte heißt Zeche, Mahlzeit. (Siebenkees Beitr. z. d. PR. B. V. S. 225. §. 9.)

Mit dieser richtigen Meinung stimmen fast alle Rechtsgelehrte überein. Struv (a. a. O. T. II. p. 362.), Kulenkamp (a. a. O. S. 55. §. 18.). Dagegen meint Ludwig (Diss. de opifice exule in pag. Diff. 2. c. 2. §. 2.), daß unter geschenkten Handwerken ehrenvolle, mit Ehren begabte, zu verstehen sind. Den bessern Beweis, daß das Wort nicht in diesem Sinne zu nehmen ist, liefert das angeführte Reichsgesetz, denn sonst wäre in den Worten desselben, wo gesagt wird, daß sie nicht ehrenvoller sein sollen, gar kein Sinn. Wenn Weißer (Recht der Handwerker §. 8.) behauptet, daß durch den Reichsschluß der Unterschied zwischen geschenkten und nicht geschenkten Handwerken aufgehoben sei, so ergiebt sich aus dem Gesagten das Gegentheil.

§. 723. (M. §. 457.)

Bestrittene Fragen über die Zunftfähigkeit.

Eine Menge Personen, welche nach ältern Gesetzen unfähig waren, in Zünfte aufgenommen zu werden, sind schon nach frühern Reichsgesetzen (Reichspolizeiord. v. 1548. tit. 37. §. 1. 5. 1577. tit. 38. §. 1.) für aufnahmsfähig erklärt, dann nach dem Reichsschluß von 1731 und Reichspatent von 1772. Auch sind in den Particulargesetzen viele Beschränkungen aufgehoben, und die Parömie: Was unehrlich ist, können die Aemter nicht leiden — Die Zünfte müssen so rein sein, als wenn sie von Tauben gelesen wären (Eisenhart deutsches Recht in Sprüchwörtern S. 61. Riccius Spicileg. iuris germ. p. 353.), ist sehr beschränkt worden.

1) In Hinsicht des Standes [5]) wird erfordert Freigeborenheit. Sie sollen von freien Eltern geboren und nicht von wendischer Abkunft sein. (Ludwig de opifice exule in pagis Cap. 2. §. 2. Beier tyro C. 5. n. 138.) Ob Leibeigne ganz zunftunfähig, war bestritten; s. Beier a. a. O. n. 140. In mehrern Zunftartikeln ist bestimmt, daß Wachszinsige (d. h. Leibeigne) nicht aufgenommen werden sollen. Nach der richtigen Meinung sind sie aufnahmsfähig, wenn sie die Erlaubniß des Gutsherrn erhalten haben. Ortloff (a. a. O. §. 41.), Kulenkamp (a. a. O. §. 36. S. 83.), s. a. Chursächs. Gen.-Innungsart. K. 1. §. 4. Pr. LR. Th. II. tit. VII. §. 171. 172. — Ob Personen vom Bauernstande? Wenn Landesgesetze keine Beschränkungen enthalten, sind sie aufnahmsfähig. Nach den meisten Particulargesetzen wird die Erlaubniß der Gutsherrschaft erfordert. Pr. Kantonregl. v. 12. Febr. 1792. §. 34. (Lamprecht von der Cameralverfassung S. 114, Borowsky Abriß des Cameral- und Finanzwesens in P. St. S. 561.) Nach dem Churs. General-Innungsart. K. 1. §. 1. und Churs. General: v. 31. März 1767. werden die Kinder der Bauern erst dann zugelassen, wenn sie das 14. Jahr erreicht und vier Jahre bei der Landwirthschaft gedient haben, welche letztere erst von dem zurückgelegten vierzehnten Jahre gerechnet wird.

2) In Hinsicht der Geburt

a) eheliche: ob die, welche durch einen auswärtigen Pfalzgrafen legitimirt, zuzulassen? war bestritten. Gärtner (Medit. ad Pand. Spec. I. p. 99.), Pufendorf (Observ. T. I. obs. 241. §. 12. T. IV. obs. 129.). Die Frage ist antiquarisch geworden, indem die kais. Hofpfalzgrafen mit der deutschen Reichsverfassung erloschen sind. (Klüber öffentl. R. d. d. Bundes §. 491.) — Ob Brautkinder aufnahmsfähig? Kulenkamp (a. a. O. S. 85.). Die Frage ist zu bejahen.

b) Ehrliche: streitig, ob Kinder der Wasenmeister? Harpprecht (Cons. nov. Vol. I. cons. 15. n. 24.), Richter (Decis. 80. n. 21.). Nach der richtigen Meinung, wenn sie die Handierung ihres Vaters noch nicht getrieben, oder wenn sie solche getrieben, mit obrigkeitlicher Erlaubniß zugelassen werden, v. Berg (Polizeirecht Th. I. S. 425.), Kulenkamp (a. a. O. S. 87.). — Ob die, welche einen unehelichen Beischlaf begangen, einen geringen Diebstahl (Lyncker Decis. 623. 991.),

ob die, welche begnadigt sind, bei denen die Verjährung des Verbrechens eingetreten? Feuerbach (Privatrecht §. 77.), Gründler (v. Verjährung d. peinl. Strafe S. 64 c)), Kulenkamp (a. a. O. S. 89.). — Ob die Desertion eine Ursache sei, jemanden von der Aufnahme auszuschließen? Schorch (rechtl. Gutachten. Erf. 1798.). Ob der, welcher eine Geschwächte heirathet? Wernher (Obs. for. T. 2. P. VII. obs. 22. 170.). Ob gegen die Zunft, welche die Aufnahme verweigert, weil er eine geringe körperliche Strafe erlitten, die actio iniuriarum angestellt werden kann? Carpzov (Pr. crim. Q. 135. n. 54.), Struv (Iurisp. opif. T. II. p. 158.), Wernher (a. a. O. Obs. 412.).

3) In Hinsicht des Geschlechts: ob Frauenspersonen zunftunfähig? Beier (spec. iur. germ. Cap. XV. Posit. II.), Struv (a. a. O. T. II. p. 142. v.), Ludwig (de opific. Cap. 2. §. 3.), Fricke (a. a. O. §. 62.). Nach der richtigen Meinung sind sie von Ausübung gewisser Handwerke nicht auszuschließen, sind aber unfähig, Mitglieder der Zunft zu sein, wovon auch die Meisterwitwe keine Ausnahme macht. Kulenkamp (a. a. O. S. 82. §. 36.).

4) In Hinsicht der Religion: ob Juden? verneinend beantwortet von Struv (a. a. O. p. 145. IV.), bejahend von Böhmer (de cauta Iudaeorum tolerantia §. 14.), Beck (Recht der Juden Cap. 2. §. 3.), verschiedene Bestimmungen in den Part.-Gesetzen: wegen Preußen: Borowsky (a. a. O. S. 561., Terlinden preuß. Judenrecht §. 496.); Kurhessen: Kulenkamp (a. a. O. S. 91.); Hessen-Darmstadt: Verord. v. 3. Nov. 1785. gräfl. Schönbornische Verord. v. 5. Mai 1784.; Baiern: baier. Edict über die jüd. Glaubensgenossen v. 10. Juni 1813.

g) Wegen d. Zunftfähigkeit der Adeligen Klotz de opificorum ignobilitate inani et noxia. Halae 1771. s. Polemik Th. I. §. 82.

§. 724.a) (M. §. 458.)

Der Zunftzwang ist ein in der Zunftverfassung enthaltenes Recht und bedarf sonach keines besondern Nachweises.

Eine nothwendige Folge der Zunftverfassung ist der Zunftzwang, als die Befugniß, alle diejenigen von der Ausübung des Handwerks auf eigene Rechnung abzuhalten, die weder Mitglieder der Zunft, noch sonst besonders befreit sind. Ist dies, so braucht

die Zunft einen besondern Erwerbstitel nicht nachzuweisen, Besitzstand, Acquisitiv-Verjährung, Privilegien, Observanz.

Kulenkamp (a. a. O. S. 200.) erkennt zwar jenen Satz als richtig an, bemerkt aber, daß, wenn der Zunftzwang begründet sein soll, er nothwendig ein Fundament haben müsse.

§. 724. b) (M. §. 458.)

Bönhase kommt von Bohn oder Bühn, Boden und Hase.

Peringskiöld (Anmerkungen zu des Cochlaei vita Theodorici p. 358.) leitet es von dem schwedischen Wort Bonaes, und erklärt es durch das griechische *Βαναυσας*, artifex illiberalis; womit er es auch seinem Ursprunge nach verwandt glaubt (Lessing Collectaneen zur Literat. Herausgegeb. v. Eschenburg in dessen sämmtl. Schriften Th. 15. Berlin 1793. S. 129.).

Richey glaubte, Hase sei so viel als Hanß, socius (s. Lessing a. a. O. S. 605.).

Zahn (Ichnogr. municip. Lib. III. c. 8. n. 63.), Marperger (Manufact.-Haus Cap. 12.), Struv (a. a. O. T. II. p. 343. IV.), Roth (Materialien z. HR. Heft I. S. 63.) leiten es von dem niedersächsischen Wort Bön oder Bühn, d. h. Boden und Hase; sonach einen solchen bezeichnend, der auf dem Boden (sonach im Verborgenen) arbeitet, aber so furchtsam wie ein Hase ist.

Zahn sagt (a. a. O.): Leporibus hisce domesticis ut plurimum vexantur collegia, quorum opificum sine strepitu et apparatu fit v. g. sutorum, quorum magistris familiare est, camerariam turbatorum venationem instituere et lepores hos scrutari ac persequi, die Bönhasen jagen: nec aliis opifices turbationibus magis infesti atque infensi sunt iis. Dicuntur autem a Bohn vel Bühne, etenim Böhne idiomate Westphalico nobis est camera elevata et in recessu quodam collocata, ubi potius quam in vestibulo et atrio domus illicitum opus suum peragere solent. Hasen autem sive lepores, dicuntur quia sunt clancularii.

Anmerk. Das Wort Fretter bedeutet so viel als Verräther, das Wort Stöhrer kommt von Stöhren.

§. 724. c) (M. §. 458.)

Der, welcher bei einem Pfuscher hat arbeiten lassen, kann nicht mit dem Verlust der zur Verarbeitung gegebenen Sache bestraft werden.

Die Einwohner des Zunftdistrikts sind durchaus nicht verpflichtet, bei diesem oder jenem Meister des Orts arbeiten zu lassen. Das Fundament des Zunftzwangs in Rücksicht der Kunden ist überhaupt factischer Natur, mithin kann diesen nicht zugemuthet werden, daß ihnen die Zunftprivilegien und Zunftgrenzen bekannt seien, und können eben deshalb, wenn sie bei einem Unzünftigen arbeiten lassen, nicht bestraft werden, oder einen Verlust an den Sachen leiden, welche sie dem Pfuscher zur Verarbeitung übergeben haben. Nur dann würde eine Ausnahme statt finden, wenn von der Obrigkeit eine öffentliche Warnung erfolgt.

Hiermit stimmen überein: Hommel (Rhaps. quaest. Obs. 533.), Fischer (Cameral- u. PR. Th. 3. §. 523.), Quistorp (rechtl. Bemerk. n. 83. S. 282.), Kulenkamp (a. a. O. S. 203.), s. a. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 236. Der entgegengesetzten Meinung ist Struve (a. a. O. T. II. p. 344.), Fricke (Gr. d. R. der Handwerker §. 76. 81.).

§. 724. d) (M. §. 458.)

Der Zunftzwang eines Handwerks kann nicht so weit gehn, daß die Unterthanen gehindert werden, Waaren, welche daselbst verfertigt, sich von auswärts kommen zu lassen.

Der Zunftzwang,

1) der schon an sich eine Beschränkung der natürlichen Freiheit enthält, darf nicht ausgedehnt werden.

2) Wenn die Innungsartikel nicht bestimmt diese Befugniß, seine Waare zu nehmen, wo man will, einschränken, können sie niemals wider die Natur eines Privilegiums, und weil der Eingriff in die Freiheit des Bürgers zu stark ist, ausdehnend erklärt werden.

Hiermit stimmen überein Wernher (Obs. for. T. II. part. 8. Obs. 8. p. 460.), Oberbeck (Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien B. 6. Med. 323.), Eichmann (rechtl. Bemerk. und Ausführ. Bay 1803. n. 8.). Ohne Grund wird von Einigen das Gegentheil angenommen.

§. 724.[e]) (M. §. 458.)

Der Grundsatz: es ist Niemanden zu verwehren, die einem gewissen Handwerk zugehörigen Arbeiten mit eignen Händen zu seinem und seines Hauses, oder sonstigen Eigenthums Behuf zu verrichten, ist unter Einschränkung zu verstehn.

Die meisten Rechtsgelehrten Beyer (magist. opif. c. 14. Th. 3. p. 275.), Struv (a. a. O. P. II. p. 435. Lib. IV. c. XII. n. X.), Fricke (a. a. O. §. 78.), Ortloff (a. a. O. §. 99.), haben den Grundsatz allgemein angenommen, daß jeder auch zunftmäßige Arbeiten zu seinem oder seines Hauses, oder sonstigen Eigenthums Behuf, verfertigen könne. Allein mit Recht wird dieser Satz von andern eingeschränkt. Danz (Handb. d. d. PR. B. 5. S. 66.), Quistorp (rechtl. Bemerk. B. I. n. 102.)

Daß es einen jedem freistehe, zunftmäßige Arbeiten für seine Bedürfnisse zu verfertigen, ist darum unbedenklich, weil der Zunftzwang eher zu beschränken, als zu erweitern ist, und weil es Recht und Billigkeit erfordern, dieß zu gestatten. Allein dennoch treten aus politischen und rechtlichen Gründen Beschränkungen ein:

1) wenn dadurch ein Nachtheil für Andere, für das gemeine Beste entstehn könnte. So würde z. B. Niemanden zu erlauben sein, seinen Schlot zu reinigen, weil dadurch leicht ein Nachtheil entstehn kann;

2) wenn öffentliche Abgaben und die Accise darunter leidet;

3) wenn die Arbeit eine besondere Geschicklichkeit voraussetzt und sonach die Arbeit nur mit Zuziehung eines Gesellen geschehen kann;

4) wenn die Arbeit nur außerhalb des Hauses vorgenommen werden kann.

Sind dergleichen Beschränkungen nicht vorhanden, so steht es jedem Hausvater frei, Arbeiten, welche auch sonst zunftmäßig betrieben werden, für sich, für seine Kinder, mögen sie im Hause oder außerhalb desselben sich aufhalten, für seine Ehegattin, ja selbst für seine Domestiken, wenn es nur unentgeltlich geschieht, zu verfertigen.

§. 725. (M. §. 459.)

Ein neuer Ladenmeister ist berechtigt, eine vor seiner Aufnahme mit gemeinschaftlicher Bewilligung der Zunftgenossen geschehene Veräußerung oder Theilung eines gewissen Theils des Zunftvermögens anzufechten und die Theilnehmer zum Ersatz anzuhalten.

Zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung dienen folgende Gründe:

1) Die Beschlüsse einer Gemeinde sind alsdann, wenn zwei Drittheile der gegenwärtigen Gemeindemitglieder eingewilligt haben, gültig und rechtsbeständig. (Polemik Th. I. §. 150.) Sie sind nicht nur verbindlich für diejenigen, welche darüber abstimmten, sondern auch für die Nachfolger in der Gemeinde. Was von Gemeindeschlüssen gilt, ist auch auf Schlüsse der Zünfte anzuwenden.

2) Ein neues Mitglied kann die Beschlüsse, welche vor seiner Aufnahme gemacht sind, nicht umstoßen, denn durch seinen Eintritt, wenn er ohne Vorbehalt geschehn ist, hat er stillschweigend zu erkennen gegeben, daß er alles genehmige, was vor seiner Aufnahme geschehn ist.

3) Die Veräußerung des Gemeindevermögens ist gültig, wenn auch die landesherrliche oder obrigkeitliche Genehmigung nicht hinzu gekommen ist. (Polemik Th. 1. §. 151.)

Dieser Meinung sind Mevius (P. 4. Dec. 152. Ebend. ad ius lubec. Lib. 1. tit. I. art. 2. n. 26. 27.), Hommel (Rhap. quaest. Obs. 187.), Cocceji (T. II. Obs. 368. n. 19.), Selchow (Elem. iur. germ. §. 306 u. 548.).

Allein aus weit bessern Gründen nehmen das Gegentheil an: Fricke (Grundsätze des Rechts der Handwerker §. 2.), Weißer (von dem Recht der Handwerker c. 3. §. 27.), Westphal (d. Privatrecht Th. 1. S. 226. 227.), Quistorp (pract. Bemerk. I. n. 99.). Denn 1) stehen die Zünfte nach ihrer dermaligen Verfassung unter beständiger Curatel ihrer zuständigen Obrigkeit, können ohne Genehmigung derselben weder bewegliches noch unbewegliches Vermögen veräußern. Nach ausdrücklicher Bestimmung des Reichsschlusses v. 1731. können sie ohne Zuziehung ihres Amtspatrons keine Handlung von Wichtigkeit vornehmen. Es kann das, was von Gemeinheiten überhaupt gilt, nicht auf die Zünfte, wegen Bestimmung des Reichsschlusses, angewendet werden.

2) Die Veräußerung des Zunftvermögens, welche ohne obrigkeitliche Einwilligung erfolgte, ist unerlaubt und strafbar; auch läßt sich solche damit, daß die Noth sie veranlaßte, nicht vertheidigen.

3) Wenn die Zunftmitglieder das Veräußerte in ihren Privatnutzen verwendet haben, oder die Amtsvorsteher, denen die Verwaltung des Zunftvermögens zusteht, so können sie zum vollständigsten Schadenersatz verpflichtet werden; sie haften in solidum. (L. 1. C. de cond. furtiv. L. II. §. 2. ad L. Aquil., Mevius

P. 7. Dec. 388., Böhmer Consult. et Decis. T. III. P. 3. Dec. 913.), und selbst ihre Erben sind verbindlich.

4) Daß ein neuer Amtsvorsteher, der das an und für sich sträfliche Benehmen der vormaligen oder wohl gar noch gegenwärtigen Amtsgenossen, in Vertheilung und Verwendung des Amtsvermögens in ihren Privatnutzen zur obrigkeitlichen Rüge bringt, durch die exceptio tua non interest, nicht abzuweisen sei, ist wohl keinem Bedenken unterworfen.

Diese letztere Meinung hat den Vorzug vor der erstern.

§. 725. (M. §. 459.)

Der Zunft steht kein stillschweigendes Unterpfandsrecht in dem Vermögen ihrer Administratoren zu.

Den Zünften stehen die Rechte der Minderjährigen zu, so wie nun den letztern in dem Vermögen ihrer Vormünder ein stillschweigendes Unterpfandsrecht zusteht, und die Zunftvorsteher den Vormündern ganz gleich zu achten, so haben auch Einige den Zünften ein solches beigelegt. Allein mit Recht haben diese Meinung Andere, als Zahn (Ichnogr. municip. Lib. 3. c. 8. n. 51.), Carpzov (Part. I. Const. 28. Def. 156.), Schilter (Prax. iur. rom. Exerc. 33. th. 28.), Struve (a. a. O. T. IV. p. 54. n. 1.), Ortloff (a. a. O. S. 84. §. 26.), Meißner (von stillschweigenden Pfandrechten Th. 1. §. 115.), diese verworfen. Denn

1) ist den Zünften nirgends durch ein Gesetz dieses Vorrecht eingeräumt;

2) können nicht alle Rechte der Minderjährigen auf die Zünfte übertragen werden;

3) wenn gleich die Zünfte mit höherer Genehmigung errichtet sind, so sind sie doch nur als Privatgesellschaften anzusehn, die dem Staate subordinirt sind.

In manchen Landesgesetzen ist dieses Vorrecht aber den Zünften eingeräumt. Wegen Baiern s. v. Kreitmeier Anmerk. z. Cod. iur. Tit. XX. §. 7. Wegen Fulda, Weißer a. a. O. S. 55. Dann Generalpriv. der Handwerker in der Chur und Mark Brandenburg §. XII. Ordnung für die Gilden im Herzogthum Braunschweig v. J. 1765. Tit. VIII. §. 45. Wegen Leipzig s. a. a. O. Schilter Exercit. 33. §. 28., Ortloff Recht d. H. §. 26. Nach dem Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 218.

steht zwar den Zünften nicht das Vorrecht zu, welches Stadtgemeinden in dem Vermögen ihres Kummers haben, doch das Vorrecht der 5. Klasse.

§. 726. (M. §. 461.)

Den Zünften steht kein Erbrecht in dem Vermögen ihres Zunftgenossen zu, der keine Erben hinterläßt.

Zünfte können unter Lebenden und von Todeswegen Vermögen erwerben, wenn nicht in den particulairen Gesetzen Beschränkungen enthalten sind. Sie können im Testament zu Erben eingesetzt, es kann denselben legirt werden.

Ob denselben aber ein Anspruch auf den Nachlaß ihres Zunftgenossen, der ohne Erben stirbt (bonum vacans), zustehe, ist streitig. Nach der richtigen Meinung, die die Gebrüder Oberbeck (Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien B. 7. med. 393.) und Glück (Intestat-Erbfolge §. 145.) vertheidigen, darum nicht, weil kein Gesetz dieses bestimmt, und sonach das Successionsrecht des Fiscus den Vorzug hat.

Der entgegengesetzten Meinung sind Math. de afflict. ad cap. un. qu. sint. regal. §. bona vacantia n. 10., Peregrinus (de iure fisci Lib. 4. c. 5. n. 11.), Pistor (consil. Cons. I. n. 35.), Stephani (in Comment. ad Nov. 118. n. 38.), Struv (iurispr. opif. Tom. III. Lib. I. c. 4. n. 46. p. 53.), Unterholzner (rhn. Museum B. IV. Heft 2. n. VI.) bemerkt, daß sie eben so wenig, wie der fiscus bei einem bonum vacans, für wahre Erben anzusehn sind.

Anmerk. Die Regulirung des Nachlasses eines fremden Gesellen steht nach dem preuß. Recht der Zunft mit Ausschluß der Obrigkeit zu. Mathis jurist. Monatsschrift B. 1. S. 461.

§. 726. b) (M. §. 461.)

Das Handwerkssiegel kann nicht zur Besieglung eines Testaments gebraucht werden.

Rennemann (de iure rer. Disp. XIV. th. 25.) ist der entgegengesetzten Meinung, indem er bemerkt: annulo quisque suo, et quidem sigilli causa comparato, si quem habet, in obsignando uti debet, sin eo careat, parum refert, quemcunque alium, vel quidvis aliud, modo characterem, hoc est formam insculptamve signi imaginem habet, usurpet. Die richtige Meinung vertheidigen: Hunius (Resol. iur. curl.

Lib. II. Tract. V. quaest. 7.), Struve (iurisp. opif. T. III. Lib. I. c. IV. n. IX. p. 52.). Denn 1) ist das Handwerkssiegel blos zur Beglaubigung öffentlicher Urkunden zu gebrauchen, und zu diesem Zweck der Zunft von der Obrigkeit verliehn.

2) bestimmt die L. 22. §. 5 D. qui test. fac. p. Signum autem, utrum annulo tantum impressum adhibemus, an vero et si non annulo, verum alio quodam impresso? varie enim homines signant. Et magis est, ut tantum annulo quis possit signare, dum tamen habet χαρακτῆρα, id est formam insculptamque signi imaginem.

§. 727. (M. §. 462.)

Der Zunft steht keine Gerichtsbarkeit als Collegialrecht zu, sondern nur vermöge der Verleihung des Staats.

Die Frage: ob der Zunft als solcher, als ein Collegialrecht die Gerichtsbarkeit zukomme, ist bestritten. Einige legen den Zünften die Gerichtsbarkeit, jedoch ohne Zwang, bei. Reinking de regim. sec. Lib. I. class. 5. c. 4.), Zilles (de mulcta l. 7. n. 80.), Mevius (P. V. Dec. 254.), Leyser (Sp. 8. M. 9.), Weißer (a. a. O. §. 47. 48.), Riccius (spicil. p. 345. 4.), Siebenkees (Beitr. z. d. R. B. 1. S. 78.), Sieber (a. a. O. §. 81—89.), Danz (Handbuch B. 5. §. 467.), Kulenkamp (a. a. O. §. 45.), Eichhorn (Einl. z. d. PR. §. 384.), Andere gestatten solche ohne Einschränkung, Beier (de iurisdict. colleg. c. 16. §. 9. n. 1312. 1313.), Finsterwalder (Lib. 3. obs. 2. n. 7. obs. austric.), Brunnemann (ad L. fin. D. colleg. n. 9.), Ortloff (a. a. O. §. 34. S. 141.). Noch andere sprechen den Zünften als solche ab: Strauch (de colleg. opif. §. 98.), Strube (Iurisp. opif. T. I. Lib. IV. c. V. p. 433.), Fritsch (de colleg. opif. c. 3. n. 17.), Botin (de mero imp. m. 3. u. 33.), v. Kreitmeier (Anmerk. z. C. Max. T. V. n. 1033.), Cramer (wetzl. Nebenst. Th. XXX. S. 6.), Mittermaier (a. a. O.).

Diese letztere Meinung ist die richtigere. Wenn man unter der Zunftgerichtsbarkeit das Recht versteht, den Zunftgesetzen und Gewohnheiten gemäß, streitige Angelegenheiten der Zunftgenossen unter sich, die Zunftangelegenheiten betreffen, zu entscheiden, und durch Büßungen (geringe Geldbußen) das Erkenntniß zu vollziehn, so kann diese der Zunft nicht zukommen, indem

1) die Quelle aller Gerichtsbarkeit der Staat ist, und keine Corporation und Gesellschaft, wenn sie auch noch so privilegirt sein sollte (z. B. die Kirche), hierauf Ansprüche zu machen befugt ist;

2) wenn sich auch findet, daß in frühern Zeiten eine Art von Gerichtsbarkeit den Collegien zugekommen, (Cramer Nebenstunden Th. 30. Abh. 1. §. 19.), so kann dies darum nichts beweisen, weil zu damaliger Zeit die Staatseinrichtungen noch sehr unvollkommen waren.

3) Wenn gleich die Polizeiordnung v. J. 1530 Gegenstände, welche die Zunft betreffen, an die Zunft verweiset, und dies in der Polizeiordn. v. 1548 wiederholt wird; so enthält die von 1577 ganz andere Bestimmungen, denn es heißt hier:

Und was sonst ein jeder, Sprug und Forderung zu dem andern um Sachen, das Handwerk oder anderes betreffend, hatte oder zu haben vermeint, das soll ein jeder vor der Obrigkeit oder Flecken, darin sie betreten werden, oder sich enthalten, der Gebühr austragen.

Daher läßt es sich auch erklären, warum der Reichsschluß v. 1731 den Zünften weiter nichts, als einen vernünftigen heilsamen Zwang einräumt, und zugleich zu erkennen giebt, wie dies verstanden werden soll.

In den neuern Gesetzen wird den Zünften höchstens ein Vermittlungsamt und Rügeamt, aber keine eigentliche Gerichtsbarkeit beigelegt.

4) Die von den Gegnern zur Unterstützung ihrer Meinung vorgebrachten Gründe sind unzureichend. Denn wenn angeführt wird, daß

a) den Zünften darum die Gerichtsbarkeit zukomme, weil sie das Recht hätten, Statuten zu machen, und sonach auch das Vollziehungsrecht derselben, so kann man dagegen einwenden, daß

1) den Zünften das Recht, Statuten zu machen, nur beschränkt zustehe, wenn letztere von der Art sind, daß nicht blos Vertragsrechte dadurch begründet werden sollen (Polemik Th. 1. §. 28.), solche nur durch die Bestätigung der Staatsgewalt verbindliche Kraft erhalten.

2) Folgt daraus, daß die Zunftgenossen die Statuten für verbindlich zu halten haben, noch nicht die Anerkennung der Zunft als forum.

b) Wird sich auf die **L. fin. cod. de iurisd.** berufen, wo Anastasius sagt: **Periniquum et temerarium esse perspicimus, eos, qui professiones aliquas sive negotiationes exercere noscuntur, iudicium, ad quos earum professionum seu negotiationum cura pertinet, iurisdictionem et praeceptionem declinare conari.** Allein abgesehn davon, daß Corporationen sonst in ganz andern Verhältnissen, als die Zünfte der Handwerker jetzt stehen, gewesen sind, so redet ja der Text von solchen Gerichten, welche **sub publica auctoritate** wegen dieser **negotiatores** niedergesetzt waren: und es wird nicht gesagt, daß ihnen die **potestas iure collegii** gestellet sei, sondern **iussu superioris**. Hieraus läßt sich schließen, daß die Gerichtsbarkeit den Zünften eher vermöge eines Privilegiums zustehe, und daß, wenn gleich die Zunft öffentlich bestätigt, daraus nicht zu folgern ist, daß ihr nun die Gerichtsbarkeit zukommen müsse.

Ein wichtiger Unterschied ist zwischen **iurisdictio** und **notio**, welche letztere einer Zunft nicht abzusprechen ist. Böhmer (**in iure ecclesiast. Lib. II. tit. 27. §. 19.**), sagt ganz richtig: **Sane, collegia, qua talia sunt societates mere aequales, adeoque, sicuti imperio nullo gaudent, ita quoque iurisdictionem, quae ex imperio fluit, regulariter non habent. Equidem de rebus ad collegium pertinentibus, cognoscere quodamodo possunt, sed haec facultas non iurisdictionem, sed nudam involvit notionem. Proinde, qui iurisdictionem proprie dictam iis tribuit, contra regulam aliquid statuit, et exceptionem suam, moribus fundatam esse probare debet.**

c) Ferner wird angeführt (Ortloff S. 141.), daß eine solche Gerichtsbarkeit für die Zünfte nicht nur zweckmäßig, sondern auch nothwendig sei. Zweckmäßig, indem, wenn die Obrigkeit über jedes kleine Zunftvergehen richten sollte, dies viel zu weitläufig und lästig sein würde, und selbst wo es auf detaillirte Handwerkskenntnisse bei Entscheidungen ankomme, diese den obrigkeitlichen Personen mangle; nöthig aber sei solches, weil ohne dieselbe die Befolgung und Beobachtung der Handwerksgesetze und Gewohnheiten von Einzelnen willkührlich unterlassen und außer Augen gesetzt würden.

Allein auch dieser Grund ist ganz hinfällig, indem er die Sache selbst nicht berührt, auf das Strafrecht und Oberaufsichtsrecht Bezug nimmt, nicht aber auf die Gerichtsbarkeit, von der hier die

Rede ist, die weder aus Gründen der Zweckmäßigkeit noch Nothwendigkeit den Zünften zustehen muß. Daß ein Rügeamt gegen Gesellen und Lehrlinge den Zünften gestattet wird, so wie auch das Recht, geringe Geldstrafen aufzulegen, ist zweckmäßig und nothwendig; so wird solches den Zünften in den Chursächs. Generalinnungsart. K. III. §. 14 u. 15., in der Churmainzischen Handwerksordn. v. J. 1757. n. 7. 8., in dem würtemberg. Rescript v. J. 1608., in dem Chur. Braunschw. Lüneb. Gilderegl. v. J. 1692. u. Ordnung für Gilden im Herz. Braunschw. v. J. 1765. beigelegt; auch heißt es im Pr. LR. Th. II. tit. VIII. §. 204. „Beiträge und Strafen darf die Zunft von ihren Mitgliedern nur so weit fordern, als es in den vom Staate gegebenen oder bestätigten Innungsartikeln, mit Bestimmung der Fälle, auch der Summe des Beitrags oder der Strafe ausdrücklich zugelassen ist.

§. 727. (Anhang.)

Von der Verbindlichkeit der Zunft, ihre Zunftgenossen beerdigen zu lassen.

Den Zünften stehen nicht blos Rechte zu, sondern sie haben auch gewisse Verbindlichkeiten gegen ihre Zunftgenossen; als die Pflicht für die Bevormundung und Erziehung der von ihren verstorbenen Zunftgenossen zurückgelassenen mündigen und minderjährigen Kinder zu sorgen (Pr. LR. Th. II. tit. VIII. §. 220. tit. XVIII. §. 94.). Ob aber die Zunft verbunden, ihre verarmten Zunftgenossen beerdigen zu lassen, ist zweifelhaft. Daß die Begräbnißkosten zuerst aus dem Vermögen des Verstorbenen zu bestreiten sind, versteht sich von selbst; besitzt er aber solches nicht, so liegt die Verpflichtung dem ob, der zur Alimentation verbunden ist. Quicunque alteri obligatus est ad praestanda alimenta ille etiam huic defuncto praestare tenetur expensas funeri: wie Stryck (Us. mod. Lib. XI. Tit. VII. §. XLII.) bemerkt. Sonach sind zuerst die nächsten Anverwandten und in Subsidium der Staat hierzu verbunden. Hat der Zunftgenosse keine nahen Verwandten, so kann der Zunft die Verpflichtuug zur Beerdigung ihres Mitgenossen darum nicht obliegen, weil sie nicht, sondern der Staat zur Ernährung desselben verbunden ist. Es ist also blos Liebespflicht der Zunftgenossen, wenn sie die Kosten bestreiten wollen; jedoch erfüllen sie solche gewöhnlich.

§. 728. a) (M. §. 463.)

Wenn die Innungsartikel eine bestimmte christliche Glaubensconfession erfordern, so kann die Aufnahme dem, welcher sich zu einer andern christlichen Glaubensconfession bekennt, dennoch nicht verweigert werden.

Es könnte wohl darum das Gegentheil angenommen werden, weil

1) die Zünfte berechtigt sind, die von dem Landesherrn bestätigten Statuten aufrecht zu erhalten.

2) Dispensationen gegen solche, von Seiten des Landesherrn nur des gemeinen Besten wegen, nicht zum Vortheil eines Einzelnen geschehen können;

3) es vorzüglich auf das Normaljahr ankommt, und sonach, wenn in diesem die Innung keinen Katholiken zum Meister angenommen, sie auch künftig dies zu thun nicht verbunden sind;

4) daß der, welcher nicht Bürger einer Stadt wegen Religionsverschiedenheit werden kann, auch nicht die Aufnahme als Meister zu verlangen berechtigt ist. Allein alle diese Gründe sind von geringem Gewicht, denn

1) gestattet das westphälische Friedensinstrument allen christlichen Glaubensconfessionen gleiche Rechte, und bestimmt in art. V. §. 35. sive autem Catholici sive augustanae Confessionis fuerint subditi nullibi ob religionem despicatui habeantur, nec a mercatorum, *opificum* aut tribuum communione — arceantur — sed et in his similibus *pari cum concivibus iure habeantur*, aequali iustitia protectioneque tuti.

2) Kann der Landesherr gegen Innungsartikel dispensiren, nach Umständen solche abändern, ohne darin durch etwas beschränkt zu sein.

3) Würde man, wenn man sich ohne Unterschied und mit übertriebener Sorgfältigkeit alle nur mögliche bürgerliche Einrichtungen, die weder auf die Regierungsform noch die Verfassung des Kirchenwesens einen besondern Einfluß haben, auf das Normaljahr berufen und jene als unabänderlich nach demselben abmessen wollte, viel weiter gehn, als der Sinn und die Meinung der damaligen Bundesgenossen und Gesetzgeber selbst gegangen sind.

Hiermit stimmt überein Hommel (Rhaps. Obs. 518.), Ortloff (a. a. O. S. 247.)

§. 728. b) (M. §. 463.)

Die Muthjahre sind zweckwidrig.

Bei einigen Handwerkern muß derjenige Geselle, der Meister werden will, eine gewisse Zeit muthen, d. i. er muß sich ausdrücklich auf die Muth einschreiben lassen, und seine Muthjahre bei einem Meister des Orts, wo er Meister werden will, erstehen. Ein solcher heißt Jahrsgesell, da die Muthszeit gewöhnlich auf ein Jahr bestimmt ist.

Einige finden diese Einrichtung zweckmäßig, Beier (magister c. v.), Struve (a. a. O. T. II. p. 203. n. 16.), Danz (a. a. O. S. 86.), Fischer (Cameral- u. Polizeirecht B. III. §. 544.), Weißer (a. a. O. S. 157.), Ortloff (a. a. O. S. 251.), Kulenkamp (a. a. O. §. 96.) und zwar darum,

1) weil die Zunft dadurch Gelegenheit bekommt, sich genau nach den besondern Verhältnissen des Aufzunehmenden zu erkundigen, seinen Charakter kennen zu lernen und dadurch in den Stand gesetzt wird, zu beurtheilen, ob sie ein würdiges Mitglied der Zunft erhalte;

2) weil, wenn in den Innungsartikeln die Zeit zu weit hinausgerückt sein sollte, auf drei Jahre, ein solcher, der Meister werden will, leicht landesherrliche Dispensation erhalten könne;

3) der Reichsschluß v. 1731. §. 13. n. 7. das Muthen nicht gänzlich verboten, sondern nur die übermäßige Ausdehnung desselben auf mehrere Jahre und das Abkaufen mit Gelde abgeschafft wissen will. Allein mit Recht wird von andern das Gegentheil angenommen, denn

1) ist es ungewöhnlich, daß ein Gesell, der Meister werden will, sich nicht eine Zeit lang an dem Orte aufgehalten hat; und gesetzt, daß dies nicht der Fall ist, so hat die Zunft Gelegenheit genug, auf andere Art Erkundigungen über das frühere Betragen desselben, über seine besondern Verhältnisse einzuziehn.

2) sind diese Muthjahre höchst nachtheilig, indem der Gesell während dieser Zeit von dem Seinigen zehren muß, und wenn er bei einem Meister dennoch arbeitet, in einem unangenehmen Verhältniß steht.

3) Von der Geschicklichkeit des Aufzunehmenden erhält die Zunft durch Fertigung des Meisterstücks Kenntniß.

4) Wenn gleich der angeführte Reichsschluß die Muthjahre nicht geradezu verbietet, so sieht man aus der ganzen Fassung des

§., daß die Gesetzgebung dahin gestrebt hat, solche ganz aufzuheben (Gerstlacher Handbuch d. d. Reichsgesetze Th. X. S. 2068.). Denn es heißt hier: an manchen Orten ist der Mißbrauch, daß kein junger Meister, ob er schon auf seinem Handwerk viele Jahre gewandert, gleichwohl das Handwerk nicht treiben darf, bis er gewisse Jahre an dem Ort gewohnt, und die sogenannte Brüderschaft etliche Jahre besucht, oder sich durch ein gewisses Stück Geld in die Zunft einkauft.

In den meisten Particulair-Gesetzen sind solche aufgehoben; unter andern im Churs. Gen. Innungsart. K. III. §. 5., Braunschweig. Gildeord. Tit. II. §. 3., in Hessen (Kulenkamp a. a. O. S. 323.), in Baiern Verordn. v. 29. Dec. 1810. (RB. S. 184.), Weimarisches Gesetz über Gewerb-O. v. 22. April 1822. §. 118.

§. 728. c) (M. §. 463.)

Ein Meister, der auf sein Meisterrecht verzichtet hat, kann seinen Sohn das Handwerk nicht lehren.

Das Meisterrecht kann auf verschiedene Art verloren gehn (Danz a. a. O. S. 92.). Daß nun ein Sohn, dessen Vater durch Verbrechen das Meisterrecht verloren hat, dennoch die Vorrechte eines Meistersohns behalte, ist als richtig anzunehmen (Oberbeck Meditationen B. VII. n. 374. S. 117.), ebenso der, dessen Vater auf das Meisterrecht renuncirte.

Ob nun aber der Vater, der auf sein Meisterrecht verzichtete, nicht berechtigt sein kann, seinen Sohn das Handwerk zu lehren, und dann, wenn er solches erlernt, von der Zunft zu verlangen, daß er als Gesell aufgenommen werde, ist zweifelhaft. Die Gründe zur Bejahung dieser Frage sind:

1) Ein Meistersohn braucht nicht so lange Lehrling zu sein, als die Zunftartikel vorschreiben, es hängt von dem Vater ab, ihn früher loszusprechen.

2) Dem Handwerksmeister steht die Befugniß zu, seinen Sohn erst alsdann einschreiben zu lassen, wenn er als Gesell auftreten soll, sonach kann das Ein- und Ausschreiben zugleich geschehn;

3) die Verzichtleistung hindert nicht, daß der Vater wieder in die Zunft aufgenommen werde.

Allein aus folgenden Gründen ist die Frage zu verneinen. Denn

1) wenn es gleich seine Richtigkeit hat, daß ein Meistersohn, so wie ein Fremder dem Handwerk als Lehrling vorgestellt und sonach eingeschrieben werden muß, und zwischen beiden blos der Unterschied ist, daß jener auf die bestimmte ordentliche Lehrzeit eingeschrieben wird, dieser aber ohne Bestimmung der Lehrzeit, und nach Willkür freigesprochen werden kann, so geht doch diese Befugniß nicht so weit, daß er, wenn er nur ganz kurze Zeit in der Lehre gestanden, losgesprochen werden kann; auch ist der Einwand, daß ein Meistersohn von Jugend auf die Arbeit mit angesehn und so nach und nach erlernt hat, hinfällig, indem doch die Lehrzeit erst von der Zeit an gerechnet werden kann, wo er als Lehrling eingeschrieben ist, und es als Mißbrauch anzusehn ist, wenn die Ein- und Ausschreibung zu ein und derselben Zeit erfolgt (Weißer a. a. O. S. 109.).

2) Nur der, welcher bei einem zünftigen Meister das Handwerk erlernt hat, kann als Gesell angenommen werden. Wenn daher der Meistersohn einen Vater hat, der zur Zeit, da er in die Lehre eingeschrieben werden soll, seine Profession bereits aufgegeben hat und solche nicht mehr treibt, so ist nothwendig, daß ein solcher Meistersohn einem andern wirklichen Meister in die Lehre gegeben und es mit ihm ebenso gehalten werde, als wie mit einem Meistersohn, der in den Jahren, wo er noch nicht zur Lehre tauglich gewesen, seines Vaters beraubt worden, welcher sodann einem andern Meister zur Lehre überlassen werden muß.

3) Wenn die Renunciation ohne weitern Vorbehalt geschehn, so kann der Rücktritt in die Zunft nicht verlangt werden: nam ad renunciata non datur regressus L. 2. C. de reb. credit. Mevius (P. I. Dec. 127. n. 3.) sagt: absurdum est redire ad hoc, cui renunciandum putavit. Hiermit stimmt überein: Roth (Materialien z. Handwerksrecht Heft I. n. 3.).

§. 729. (M. §. 464.)

Der Handwerksgesell hat wegen rückständigen Lohns das Vorrecht der ersten Classe, jedoch unter gewissen Einschränkungen.

Das Verhältniß des Meisters zum Gesellen ist im Allgemeinen nach dem Gesindevertrag zu beurtheilen.

Ob nun aber den Handwerksgesellen, gleichwie dem Gesinde (Sachsenspiegel B. I. Art. 22.), ein Vorrecht im Concurs, der über das Vermögen des Meisters ausbricht, wegen ihres rückständigen Lohns zustehe, ist eine bestrittene Frage.

Mehrere verneinen solche, als Carpzov (Iurisp. for. P. I. const. 28.), Lauterbach (colleg. th. pract. Lib. XLII. tit. V. §. 32.), Harpprecht (Res. XCII. n. 95., wo er sagt: et in specie opifices, qui vel praeter operas suas etiam materiam suam adferunt, vel quibus materia, in quam operas suas impendunt, ab ipsis dominis subministrantur, hoc praelationis iure neutiquam gaudent), Leyser (medit. Sp. 85. n. 3.), Quistorp (rechtl. Bemerk. Th. I. S. 330.), Dabelow (syst. Erl. der Lehre vom Concurs Th. II. §. 216.). Der Grund ist, weil der Lohn der Gesellen nicht wie ein Liedlohn des Gesindes anzusehn sei, Essen und Trinken im juridischen Sinne noch keinen vollen Unterhalt ausmache, welches doch, wenn Jemand auf dieses Vorrecht Ansprüche machen wollte, vorausgesetzt werde.

Andere sind der Meinung, daß das Vorrecht dem Gesellen nur alsdann zustehe, wenn er über die Kost noch um einen bestimmten Lohn gearbeitet oder statt der Kost Kostgeld empfangen habe. G. L. Böhmer (de iure mercedis opificum in concursu creditorum §. 15. in Elect. iur. Exercit. XII., wo er sagt: ceterum merces famulitia pro operis solvenda, quae in utilitatem domini in genere exhibentur, longe differt a mercede opificum, quae pro operis in opere determinato conficiendo praestandis debetur, ideoque quae mercedi famulitiae tribuuntur iura singularia, produci ad mercedem opificum nequeant, id enim esset, iura singularia a diversis ad diversa transferre. Quodsi vero opifices in alterius servitium transeuntes, omnes operas ex artificio in domini utilitatem in genere pro mercede addicunt, tum ipse pars familiae fiunt, iure familiarum censendi, et merces iisdem generatim promissa rationem habet, mercedis famulitiae, eodemque iure praecipuo merito in concursu creditorum habenda est), Ludovici (Einleit. in d. Concursprozeß Cap. X. §. 17.), Gmelin (Ordnung der Gläubiger Cap. II. §. 7. S. 103.).

Noch Andere, als Wernher (Part. III. Obs. 1—29.), v. Pufendorf (P. I. obs. 104. §. 4. Obs. 205. §. 2.), Struben (rechtl. Bedenken Th. 3. Bed. CVII.), unterscheiden

zwischen Stück- und andern Gesellen; jenen gestatten sie kein besonderes Vorrecht, ohne Unterschied, sie mögen in der Werkstatt des Meisters oder außerhalb gearbeitet haben, indem sie einen bestimmten Preis für geleistete Arbeit erhalten; diesen aber gestatten sie solches gleich dem Gesinde; indem sie in dem nämlichen Verhältniß, wie letzteres steht, verbunden sind, die ihnen aufgetragene, zum Handwerk gehörige Arbeit zu verrichten, und daher das, was sie bekommen, als wahres Liedlohn anzusehn sei: auch darauf gar nichts ankomme, ob sie in dem Hause des Meisters wohnen, ihre Kost daselbst haben, oder nicht, indem hierauf auch bei dem Gesinde nichts ankomme. Diese letztere Meinung ist wohl die richtigere, indem die Analogie des Gesindes blos auf diese Gesellen paßt.

Nach dem allg. Pr. Landrecht Th. II. tit. 8. §. 352. hat der rückständig gebliebene Lohn und das Kostgeld der Gesellen im Concurs mit dem Gesindelohn gleiche Rechte. Das zweijährig rückständig gebliebene Gesindelohn wird in die zweite Classe locirt. Pr. GOrd. Th. I. tit. 50. §. 370.

In der baier. Prioritätsord. §. 12. n. 4. wird das Liedlohn der verbrodeten Diener des Gemeinschuldners, wenn es ein Jahr rückständig, nebst dem des bei Eröffnung des Concurses laufenden Jahrs in die erste Classe locirt. Diese Bestimmung läßt sich auch auf das Lohn der Gesellen anwenden.

Anmerk. Ob Kinder, welche ihren Eltern handwerksmäßige Dienste leisten, einen Lohn fordern können, s. Polemik Th. 3. §. 478.

§. 729. b) (M. §. 464.)

Zur Aufnahme eines Gesellen wird die Beibringung eines Lehrbriefs erfordert.

Quistorp (rechtl. Bemerk. B. I. n. XLI.), womit auch im Allgemeinen Westphal (d. PR. B. I. S. 235.) übereinstimmt, sind der Meinung, daß die Beibringung eines Lehrbriefs nicht durchaus nothwendig sei, sondern blos die Bescheinigung, daß er bei einem ordentlichen Meister das Handwerk erlernet habe, indem der Reichsschluß v. 1731. §. 2. zwar jenes erfordere, im Art. 3. dieses sehr beschränkt habe. Diese Meinung ist aber zu verwerfen. Denn

1) bei allen Zünften ist es herkömmlich, daß der losgesprochene Lehrling einen Lehrbrief erhält, und es ist höchst selten,

wenn hiervon eine Ausnahme gemacht wird (Struve a. a. O. T. II. p. 295.).

2) Bestimmt der Reichsschluß im Art. 2. ausdrücklich, daß zu einem ordentlichen Meister und Gesellen die Aufzeigung eines förmlichen Lehrbriefs erfordert werde. Der Art. 3. beschränkt dies wohl. Denn wenn es hier heißt:

> wenn ein Handwerksgesell sein Handwerk an einem Orte nach den daselbst üblichen, obrigkeitlich bestätigten Handwerks-Ordnungen, Satzungen und Gewohnheiten, und zumalen bei einem ehrlichen, von der Ortsobrigkeit approbirten Meister erlernet, sollen dergleichen Handwerksgesellen auch an andern Orten, wenn schon daselbst andere Gebräuche und Handwerksordnungen wären, auch wenigere oder mehrere Lehrjahre erfordert würden, allenthalben — für redlich und tüchtig passirt — werden,

so bezieht sich dies nicht auf den Lehrbrief, sondern überhaupt auf gewisse Gebräuche und Gewohnheiten, welche an den Oertern sehr verschieden sein können, wie z. B. die Anzahl der Lehrjahre.

Hiermit stimmt auch das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 250. überein.

§. 730. (M. §. 465.)

Die Kosten, welche der Vater zur Erlernung des Handwerks gegeben, brauchen nicht conferirt zu werden, selbst dann nicht, wenn das Kind eigenthümliches Vermögen hat h).

1) Eltern sind verbunden, ihren Kindern die natürlichen und Civilalimente zu reichen, zu den letztern gehören aber auch die, welche sie zur Erlernung einer Kunst oder eines Handwerks gegeben haben.

2) So wenig die Kosten des Studiums zu conferiren sind (Wernher de collatione circa libros studiorum causa comparatos. Kurrer de immunitate studiorum a collatione), eben so wenig sind es auch die, welche zur Erlernung eines Handwerks vom Vater gegeben sind.

3) Wenn gleich das Kind eigenthümliches Vermögen besitzt, so ist doch nicht anzunehmen, daß der Vater dieses zu den Erziehungskosten verwandt hat. Es muß daher, wenn dieses angenommen werden soll, erwiesen werden, daß dies der ausdrückliche Wille des Vaters gewesen sei (Hofacker Princip. iur. civil. T. II. §. 1657.). Nur in dem einzigen Falle würde jener Grundsatz eine Ausnahme leiden, wenn der Vater genöthigt gewesen,

seinen Sohn, weil er bei dem ersten Handwerk sich schlecht betragen, noch ein anderes Handwerk lernen zu lassen; denn selbst die befreiten **sumptus studiorum** müssen conferirt werden, wenn sie übel angewandt sind (**Arg. L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat.**), wie vielmehr also die Handwerkskosten.

Eine eidliche Angabe solcher Kosten ist nicht hinlänglich, sondern sie müssen im Läugnungsfalle bewiesen oder nach Beschaffenheit das quanti bescheinigt werden. Hiermit stimmt überein Berger (oecon. iur. L. 2. Tit. 4. §. 51. not. 8.), Westenberg (Princip. Dig. tit. de coll. §. 12.), Hymmen (Beiträge zur jurist. Literatur B. 1. S. 48.), Roth (Mat. z. HR. Heft II. S. 78.). Vergl. Pr. LR. Th. II. tit. 11. §. 287.

h) Der Vertrag, wodurch sich jemand verpflichtet, die Verpflegung und Erziehung eines Kindes zu übernehmen, erstreckt sich auch auf die Erlernung des Handwerks. Cramer Observ. iur. T. IV. obs. 1038.

§. 731. (M. §. 466.)

Die Dienstjahre gelten nicht für Wanderjahre.

In dem Reichsschluß 1731. Art. 9. ist bestimmt:

Wenn auch ein Gesell, welcher sein Handwerk einmal redlich erlernt, außer demselben auf kurze oder lange Zeit sein Brot und Fortkommen sucht, und zu dieser und jener Herrschaft vornehmen und geringen Standes in Dienste sich begiebt, nach der Hand aber seinem erlernten Handwerk entweder als Gesell wieder nachgehen, oder aber Meister werden will, so ihm daran, und wenn er letztern Falls sonsten sein Handwerk redlich erlernt, das Meisterstück verfertigt, und seines Wohlverhaltens wegen von der Herrschaft, wo er gedient, einen beglaubten Abschied aufzuweisen hat, ermeldetes Dienen außer dem Handwerk im mindesten nicht nachtheilig oder hinderlich fallen.

Es scheint wirklich, daß hiernach die Dienstjahre in die Wanderjahre mit gebracht werden können, denn wozu würde das Attest der Herrschaft sonst erforderlich sein? Es haben auch Einige, als Struv (a. a. O. P. II. p. 247. VI.), diese Meinung zu vertheidigen gesucht, allein sie ist offenbar unrichtig. Denn

1) der Zweck [i]) des Wanderns besteht vorzüglich darin, um eine größere Fertigkeit und Geschicklichkeit in Handwerksarbeiten zu erlangen; Nebenzwecke sind freilich, sich Menschenkenntniß zu erwerben, mit den Sitten und Gebräuchen anderer Nationen bekannt

zu werden. Die Erreichung jenes Zwecks fällt weg, wenn der wandernde Geselle eine Zeit lang bei einer Herrschaft Dienste leistet.

2) Der Sinn des Reichsgesetzes ist nicht der, welchen man unterschieben will, er geht blos dahin, daß demjenigen Gesellen, welcher neben seiner erlernten Profession eine kürzere oder längere Zeit mit andern Arbeiten sich beschäftigt, beim Meisterwerden keine Hindernisse in den Weg gelegt werden. Hiermit stimmen überein: Ortloff (a. a. O. S. 256.), Kulenkamp (a. a. O. §. 93.), Overbeck (Medit. über verschiedene Rechtsmat. B. VII. M. 375. S. 130.), Roth (a. a. O. Heft I. S. 4.), s. a. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 327. und 328. „Ein Gesell kann zwar ohne Nachtheil seines Standes bei einer Herrschaft in Dienste treten — die daselbst zugebrachte Zeit wird ihm auf seine Wanderjahre nicht angerechnet." — Nur in Hinsicht der Militairdienste wird eine Ausnahme gemacht (Borowsky a. a. O. B. II. S. 537.), und zwar darum, weil er nicht durch solche gehindert wird, das Handwerk zu treiben, Urlaub erhält.

i) Die Vortheile, welche das Wandern der Handwerksgesellen bewirkt, überwiegen die Nachtheile, welche es hervorbringt, vorzüglich wenn der Staat darauf bedacht ist, daß der Wandernde nicht zu jung und unerfahren ist, zweckmäßigen Unterricht in den Industrie-Schulen erhalten hat, geographische und naturhistorische Kenntnisse besitzt. Mohl und Ortloff Preisschriften über die Frage: wie können die Vortheile, welche durch das Wandern der Handwerksgesellen möglich sind, befördert werden? Erl. 1798.

§. 732. (M. §. 467.)

Die Meistersöhne sind verbunden, ein Meisterstück zu machen.

Die Parömie: der Meistersohn bringt das Recht mit sich (Eisenhart Gr. d. d. R. in Sprichwörtern S. 67.), kann nicht so weit ausgedehnt werden, daß die Meistersöhne von Verfertigung des Meisterstücks dispensirt sein sollten. Denn

1) ist kein Grund einzusehn, warum sie von der Verfertigung frei sein sollen, sie müssen, so wie ein Fremder, Proben ihrer Geschicklichkeit abgelegt haben;

2) nach dem Reichsschluß v. 1731. Art. 12. gehört dies zu verbotenen Mißbräuchen.

Hiermit stimmen überein Weißer (Recht d. Handwerker S. 165.), Danz (a. a. O. S. 88.), Kulenkamp (a. a. O. S. 345. §. 105.). Das Gegentheil nehmen an: Beier (de magistr. opif. §. 12.), Ziegler (Decis. 26.), Struv (a. a. O. T. II. p. 312.).

§. 733. a) (M. §. 468.)

Den Handwerkern steht der Regel nach nur die Befugniß zu, mit selbst verfertigten Waaren zu handeln.

1) Wie in §. 720. bemerkt, ist ein Handwerker der, welcher rohe oder schon verbesserte Materialien um Lohn oder Kauf mechanisch bearbeitet. Es liegt daher schon in dem Begriff, daß dem Handwerker der Handwerkskram zusteht; es arbeitet zwar der Handwerker gewöhnlich auf Lohn, aber auch öfters auf den Verkauf, und es würde eine Beschränkung seines Rechts sein, wenn er die verfertigten Waaren den Kaufleuten der Stadt zum Verkauf überlassen sollte.

2) Der Verkauf steht jedem zünftigen Meister zu, im Hause und auf öffentlichen Märkten, nur darf er mit den Waaren nicht hausiren gehn.

3) Der Handel ist aber beschränkt, indem er der Regel nach blos solche Waaren zum Gegenstand hat, welche der Handwerker selbst verfertigt. Der Schuster Schuhe, der Schreiner Schreinerwaaren, der Tuchmacher Tuch u. s. w., dies ist Regel; es giebt aber Ausnahmen, indem ihnen auch der Handel mit solchen Waaren gestattet ist, die in unmittelbarer Verbindung mit ihrem Handwerk stehn, oder in entfernter, wenn nämlich an dem Ort keine Kaufleute oder Handwerker sind, denen dies Recht mit diesen Waaren zu handeln zusteht. So steht den Bäckern der Verkauf des Mehls zu, wenn sich an diesem Ort keine Melber befinden, den Müllern der Verkauf der Graupen, Grütze, wenn keine Melber vorhanden, den Schustern der Verkauf des Leders, den Seilern der Verkauf des Theers und Oels, wenn dies nicht ein besonderer Gegenstand des Handels ist. Dagegen kann den Schlächtern der Handel mit Schlachtvieh nicht gestattet werden (Quistorp rechtl. Bemerk. Th. I. n. 22.).

4) Kaufmannschaft zu treiben, steht dem Handwerker nicht zu; denn jene ist ein besonderer Nahrungszweig, der für gelernte

Kaufleute gehört, und gewöhnlich mannichfaltige Waaren zum Gegenstand hat, welches bei dem Handwerkskram nicht ist: abgesehn von den Nachtheilen, welche für die Kaufleute dadurch entstehn würden, wenn man den Handwerkern gestatten wollte, Kaufmannschaft zu treiben.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten und Cameralisten sind sehr verschieden.

Nach Einigen soll den Handwerkern der Handel überhaupt freistehn, wie unter andern Möser (Abh. von dem nothwendigen Unterschied zwischen Kaufmann und Kramer in den patriotischen Phantasien Th. 2. n. 37.) annimmt, welchem aber von Andern widersprochen wird. Struv (a. a. O. T. II. Lib. IV. c. IV.), Cramer (Nebenst. Part. XXII. u. XXV.), Struben (rechtl. Bedenken Th. 3. n. 138.).

Andere wollen, daß den Handwerkern blos die Befugniß zustehe, mit selbst verfertigten Waaren zu handeln. Fricke (Handwerksrecht §. 98.), Krünitz (Encyclopädie Th. XXI. v. Handwerk S. 482.), Roth (Mat. zum Handelsrecht Heft 2. n. VI. S. 30.), Hagemann (Erört. 1. S. 108.), Ortloff (a. a. O. S. 280.), Kulenkamp (a. a. O. §. 55.), s. a. Bielitz (Comment. über das pr. Landr. Th. 6. S. 257.), Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 263—266. Jeder zünftige Meister ist befugt, die von ihm verfertigte Arbeit in seinem Zunftbezirke auch außerhalb des Hauses feil zu bieten. — Er darf aber damit nicht hausiren gehn, sondern kann den feilen Verkauf außer seinem Hause nur in seinem Laden, oder in seiner Bude ausüben.

Noch Andere, als Ziegler (de iuribus magist. Lib. I. c. 42. §. 2.), Wildvogel (Resp. 229. n. 16.), Wernher (Part. IV. Obs. 199.), Leyser (Medit. Sp. 679. m. 7. 8.), sind der Meinung, daß im Allgemeinen nichts bestimmt werden könne, sondern alles auf Landesgesetze, Innungsordnungen und Gewohnheiten ankomme.

§. 733. b) (M. §. 468.)

Den Handwerkern steht gegen die Kaufleute kein Verbietungsrecht zu, die Waaren, welche sie selbst verfertigen, die aber Letztere von auswärts beziehn, zu verkaufen.

Den Handwerkern steht die Befugniß zu, mit ihren selbstverfertigten Waaren zu handeln (§. 733. a)). Daraus folgt aber

nicht, daß sie ein ius prohibendi gegen die Kaufleute des Orts ausüben können, welche dergleichen Waaren von auswärts kommen lassen und solche verkaufen, z. B. Schuhe, Kämme, Handschuhe, Drechslerarbeiten. Denn

1) ergiebt sich aus dem Begriff der Handlung, daß der Kaufmann mit jeder Waare Handel treiben darf, wenn nicht die Handlung selbst auf gewisse Gegenstände beschränkt ist, als bei dem Tuch-, Lederhändler u. s. w.

2) Der Krämer, der weder die Artikel der Gewandschneider, noch der Materialisten, noch der Höken führen darf, würde in seinem Handel sehr beschränkt werden, wenn er blos auf die Waare beschränkt sein sollte, welche die Handwerker des Orts nicht verfertigen, denn so könnte es in großen Städten, wo Nagelschmiede, Bürstenbinder, Kammmacher, Drechsler, Schuhmacher u. s. w. sich befinden, leicht kommen, daß es überall keinen Krämerhandel mehr gäbe.

3) Nach den meisten Innungsartikeln und nach den Ortsgewohnheiten steht den Krämern auch jene Befugniß zu. Wollen daher die Handwerker ein solches ius prohibendi gegen die Kaufleute ausüben, so haben sie zu beweisen, daß sie das Recht, mit den von ihnen verfertigten Waaren allein zu handeln, besonders erworben haben.

Hiermit stimmen überein Mevius (P. IV. Dec. 365. P. V. Dec. 168.), Fischer (Lehrb. sämmtl. Cameral- und Polizeirechts B. 3. S. 136. 144.), Fricke (Recht d. Handwerker Abs. 1. §. 2. 5.), Bülow und Hagemann (prakt. Erört. Th. I. n. 37.), Quistorp (rechtl. Bemerk. Th. II. S. 101.), Zachariä (Lib. Quaest. Q. VII. de iure prohibendi, quo opifices contra mercatores utuntur), v. Dalwigk (prakt. Erört. auserl. Rechtsfälle n. 9. S. 305.), Mittermaier (a. a. O.).

Das Gegentheil nimmt an Struv (a. a. O. T. II. Lib. IV. Cap. IV. XVIII.).

Wenn in den Landesgesetzen oder Handels- und Innungsordnungen keine Bestimmungen vorhanden, so sind folgende Grundsätze wohl die richtigen:

1) Dem Kaufmann ist unverwehrt mit solchen Gegenständen Handel zu treiben, welche von den Handwerkern der Stadt verfertigt werden, auch wenn sie solche von auswärts beziehn. Jedoch darf er diese Waaren blos in seinem Gewölbe oder Laden

verkaufen, nicht auf Wochenmärkten; auf Jahrmärkten fällt diese Beschränkung weg.

2) Der Handwerker kann alle von ihm selbst verfertigte Waaren veräußern, den Handwerkskram treiben, in dem Hause und außerhalb auf Märkten verkaufen, nur darf er nicht mit denselben hausiren.

3) Mit rohen Materialien, welche der Handwerker zu seinem Handwerk braucht, darf er keinen Handel der Regel nach treiben, wenn er dieses Recht nicht besonders erworben hat, oder an diesem Ort kein Handel von der Art vorhanden ist; s. n. Brauer Erl. d. badenschen Landrechts B. IV. S. 360.

§. 733. c) (M. §. 514. n. IV.)

Den Büchern der Handwerker kommt die Beweiskraft der Handelsbücher, der Regel nach, nicht zu.

Den Handelsbüchern der Kaufleute kommt eine halbe Beweiskraft zu. Nach der richtigen Ansicht ist der Grund hiervon der, weil ohne Activ- und Passiv-Credit kein Handel bestehen kann, verjährter Gerichtsgebrauch und uraltes Herkommen diesem Privilegium das Siegel der Gesetzmäßigkeit aufgedrückt haben. (Martens historische Entwicklung des Ursprungs des WR. S. 23., Ebeling über die Beweiskraft der Handelsbücher Hamb. 1815. S. 11.).

Ob nun dieses Vorrecht auch den Handelsbüchern der Handwerker zu gestatten sei, ist bestritten.

Einige legen denselben ohne weitere Beschränkung solche bei, als Leyser (Med. Sp. 279. Med. 1 u. 2.), v. Cramer (wetzl. Beitr. Th. IV. S. 33. 37. ob das Buch eines Handwerksmanns eben so vielen fidem, als das Handelsbuch eines Kaufmanns habe? Linck (kl. jurist. Schriften S. 41.), Struben (rechtl. Bed. B. V. n. 104.), Hofacker (Princ. iur. civil. T. III. §. 4460.), Schaffhausen (De prob. per libr. Goett. 1795. §. 14. p. 20.), Gottschalck (Disc. for. III. p. 295.), Danz (Handbuch B. 4. S. 458.), s. a. Frankfurter Ref. T. I. tit. 31. §. 13.).

Andere, als Mevius (P. II. Dec. 92.), Berger (oecon. i. Lib. IV. tit. 24. Th. 6.), Rösener (de libr. mercat. l. IV. n. 47.), Müller (observat. ad Leyser. Medit. T. III. fasc. 1. obs. 482.), Fischer (Cameral- u. Polizeirecht B. 3. S. 185.), Ebeling (a. a. O. S. 44.), Mittermaier (a. a. O.), spre-

chen denselben solche ab, s. a. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 591., wo es heißt: „Bücher der Brauer, Bäcker oder anderer Personen, welche ein öffentliches Gewerbe treiben, haben keine Beweiskraft, wenn sie auch auf kaufmännische Art geführt wären."

Noch Andere sind der Meinung, daß den Büchern der Handwerker diese Beweiskraft beizulegen sei, wenn sie einen beträchtlichen Handel treiben, und die Bücher die nöthigen Erfordernisse haben. Claproth (Einl. in den ordentl. bürg. Proz. Th. I. Abth. 2. §. 233.), Heineccius (de mercatorum qui foro cessarunt rationibus et codicibus §. 32. p. 53., wo er bemerkt: nobis distinguendum videtur, utrum opifices simul merces suas venum exponant publice, et tanquam mercatores credere soleant aliis, quod facere solent aurifices, textores, fabri aerarii et ferrarii, et alii, an tantum res a se elaboratas graeca fide aliis addicant, veluti sartores, sutores et similes. Illorum codicibus, modo requisita praecipua habeant, credendum omnino arbitramur.) Weißer (Recht der Handwerker S. 268.), Roth (Mat. z. HR. H. 1. n. 12.), Bender (Handelsrecht §. 201.), Kulenkamp §. 53. n. 4. s. a. Nürnberg. Reformat. Tit. VIII. Ges. VII., (v. Wölckern Comment. Succ. T. I. p. 864.), Hamburger Statuten P. I. tit. XXX. art. VI., Würtemb. LR. Th. I. tit. 34. Nach der Meklenburg. = Schwerinschen Verordnung v. 29. Dec. 1772. §. 5. (s. unter §. 793 s not.) Diese letztere Meinung hat den Vorzug vor den übrigen. Denn 1) jedem Handwerksbuch diese Beweiskraft beizulegen, würde gegen den Grund und die Veranlassung anstoßen, wodurch diese halbe Beweiskraft entstanden ist; der Handwerkskram ist kein eigentlicher Handel.

2) Die Handwerker, welche einen beträchtlichen Handel treiben, sind zugleich Handelsleute, und in Ansehung ihrer Bücher tritt der nämliche Grund, wie bei den Kaufleuten ein, weil der Handel ohne Activ = und Passiv = Credit nicht bestehn kann.

3) Den Büchern der Handwerker kann diese Beweiskraft aber nur dann beigelegt werden, wenn sie ordentlich geführt sind; eine so große Genauigkeit, als wie bei den Büchern der Kaufleute wird aber nicht erfordert, genug, wenn man nur daraus ersehen kann, die Person des Schuldners, den Empfang der ihm gelieferten Waaren, nebst Angabe der Quantität, des Preises, des Jahres, Monats und Tages, dann, was davon bezahlt worden. (Cramer

wetzl. Beitr. Th. 4. S. 36., Geiger u. Glück Rechtsf. B. I. n. IV. §. 5. S. 70.

Anmerk. Von der Wechselfähigkeit der Handwerker. Nach der richtigen Meinung sind sie dann wechselfähig, wenn sie einen beträchtlichen Handel treiben, oder zugleich als Fabrikanten zu betrachten sind. Scherer Handb. des WR. Th. 1. S. 742. §. 4. Kommt ihnen nicht zu nach dem Pr. LR. Th. II. tit. 5. §. 485., Würtemb. Wechselord. C. II. §. 6., östr. WO. §. 53. Nach der Augsb. WO. C. I. §. 2. beschränkt.

§. 733. d)

Wenn gleich die Execution in das Handwerkszeug unzulässig ist, so werden doch die übrigen Grade der Execution nicht ausgeschlossen.

In den Gesetzen (L. 15. §. 2. D. de re iudicata) ist bestimmt, daß in Sachen, welche der Schuldner zum Erwerb seines Unterhalts nothwendig hat, keine Execution statt hat, welches auch die Particulairgesetze bestätigen. (Pr. Gerichtsordn. Th. I. tit. 24. §. 95., Codex iudic. bavar. Cap. XVIII. §. 3., s. a. Mevius Dec. VI. 390., Schilter Exercit. Ex. 46. §. 22., Oeltze gerichtl. Praxis §. 323., Hofacker Princ. iur. civil. T. III. §. 4542.). Wenn aber gleich dies ist, so werden dadurch nicht andere Grade der Execution ausgeschlossen, unter andern dann nicht, wenn der Abzug von dem Verdienst des Schuldners so gering ist, daß nicht einmal die Zinsen getilgt, oder auch nur nach aller Wahrscheinlichkeit die Kapitalien während der Lebzeit des Schuldners nicht abgeführt werden können. Ist kein anderes Object mehr vorhanden, so kann auf Verlangen der Gläubiger Personalarrest verfügt werden. Roth (Mat. z. HR. Heft 2. S. 78.), Amelang (Archiv d. pr. Rechts B. II. S. 15., wo sich hierüber ein pr. Rescript v. 21. Dec. 1800 befindet.)

§. 734. (M. §. 469.)

Das Recht, einen Freimeister zu ernennen, kommt blos dem Landesherrn zu, wenn nicht die Obrigkeit durch besondere Privilegien dieses erhalten hat.

Von sehr Vielen, als Brunnemann (ad L. ult. D. de corpor. et coll. n. 8.), Stryck (Usus mod. P. Lib. XLVII. tit. XXII. §. V.), Beier (de magistro Cap. XII. §. 5. n. 542.), Mevius (ad ius lubecense P. IV. tit. XIII. art. III. in addit.

ad n. 13. und P. I. Dec. 55. P. VIII. D. 241.), Struve (Syst. iurisp. op. T. II. Lib. V. c. III. §. 10. p. 369.), Museus (Abh. v. R. Freimeister zu ernennen, in s. Beitr. z. d. Recht Abh. III. S. 163. u. s. f.), wird den Obrigkeiten die Befugniß gestattet, Freimeister ernennen zu dürfen, und zwar aus folgenden Gründen.

1) Viele Territorial-Regierungsrechte sind an Erbgerichtsherren und Städte gekommen, vorzüglich diejenigen, welche nicht wesentlich und der Person des Landesherrn anklebend, sondern vielmehr solche Rechte sind, welche entweder nur zufälliger Weise nach der besondern Verfassung eines oder des andern Landes Staats-Regierungsrechte sind, zugleich aber eben sowohl auch andern zustehn, und von Privatpersonen ausgeübt werden können. (Ayrer Diss. regalium et superioritatis territorial. ad suos limites redacta univers. Goett. 1772. §. V.)

2) Wenn auch ein Recht ein unbestrittenes Regierungsrecht ist, so können doch einzelne darunter begriffene Befugnisse an Privatpersonen kommen und von solchen ausgeübt werden.

3) Nach Entstehung der Landeshoheit wurden zwar diese Rechte beschränkt, allein die Städte behielten dennoch die Polizeigewalt in geringern Sachen, die sogenannte niedere Polizei; diese begreift aber diejenigen Rechte unter sich, welche nur bestimmte Personen oder Geschäfte, wie auch kleinere Distrikte und Orte betreffen, und deshalb den Landsassen und Stadtmagistraten zustehen.

4) Das Recht der Aufsicht über Zünfte und Handwerke, womit zunächst das Recht, Freimeister zu ernennen, in Verbindung steht, nicht einmal von allen als ein Regierungsrecht angesehen wird; (Heineccius de colleg. opif. Cap. II. §. 16.), gesetzt aber auch, daß es dahin zu zählen sei, so steht doch dem Magistrat die Aufsicht, insbesondere auch über die Zünfte und Handwerke, zu, trifft auch die dazu nöthigen Verfügungen.

5) Sind mehrere Städte in Deutschland, denen dieses Recht, vermöge besonderer Privilegien, zukommt, z. B. Rostock.

6) Der Einwurf, daß dieses Recht nicht ein Theil des landesherrlichen Dispensationsrechts sei, sondern zur gesetzgebenden Gewalt gehöre, erledigt sich dadurch, indem dem Magistrat einer Stadt, welchem das Polizeirecht zusteht, das Recht zugestanden wird, Collegia und Zünfte anzuordnen, ihnen Artikel und Rollen zu ge-

ben; deshalb kann nicht daran gezweifelt werden, daß denselben auch diese Befugniß zukommt.

7) Der Reichsschluß von 1731. ist dieser Meinung nicht entgegen, denn wenn es gleich daselbst heißt, daß den Ständen dieses Recht zustehen soll, so ist die Absicht des Gesetzes nicht, darüber etwas zu verordnen, wer das Recht, solche Dispensationen zu ertheilen, habe, sondern es verordnet blos, daß das den Ständen ohnedies zustehende Recht durch die gemachte allgemeine Verordnung nicht beschränkt oder verändert werden soll, ohne sich auf die hierunter eintretenden Bestimmungen einzelner Territorial-Verfassungen einzulassen; es enthält vielmehr die ganz natürliche Einschränkung **salvo iure cuiuscunque.**

Allein ungeachtet dieser Gründe ist dennoch die entgegengesetzte Meinung, welche Leyser (Sp. 559. c. 2.), Thilo (**Diss. de divers. opif. confusione germaniae parum proficua Goett. 1737.**), Moser (von der Landeshoheit in Polizeisachen 9. Cap. §. 19.), Fricke (Recht der Handwerke §. 82.), Weißer (Recht d. Handw. Ab. IX. §. 94. S. 197.), Gebr. Overbeck (Meditationen B. I. med. XI. §. 6.), Eisenhart (Stadt- und Bürgerrecht §. 213. not. 5.), Ortloff (a. a. O. §. 87.), Kulenkamp (a. a. O. S. 377. §. 114.), Mittermaier (a. a. O.) vertheidigen die richtigere. Denn

1) das Recht, einen Freimeister zu ernennen, ist ein in der Polizeigewalt begriffenes Recht, welche blos dem Landesherrn zusteht;

2) das Recht von den Innungsstatuten zu dispensiren, kann blos dem Landesherrn zukommen, weil er allein das Recht hat, die Innungsartikel zu bestätigen, und diese erst durch diese Bestätigung verbindliche Kraft erhalten;

3) der Reichsschluß v. 1731. §. 13. legt blos den Ständen, nicht aber mittelbaren Reichsunterthanen oder Magistraten die Befugniß bei, von den Innungsordnungen zu dispensiren.

4) Wenn noch so viele Beispiele angeführt werden, daß einzelnen Städten diese Befugniß zustehe, so wird doch dadurch kein allgemeines Recht begründet.

Anmerk. Eine landesherrliche Concession kann nicht zugleich in das Eigenthum der Privaten oder Corporationen eingreifen. Boley vermischte jurist. Auff. B. I. (Stuttg. 1831.) Abh. XII. Heidelberger Jahrbücher 1831. 24. Jahrg. XI. Heft S. 1052.

§. 734. a) (M. §. 469.)

Zwischen Hofhandwerker und Hofschutzverwandte ist ein wesentlicher Unterschied.

Hofhandwerker sind die, welche für den Hof des Regenten arbeiten, in Diensten des Hofes stehn; sie sind nicht an die Zunftartikel gebunden, können aber Lehrlinge und Gesellen halten, ohne die Beschränkungen wegen der Anzahl, die die Zunftartikel vorschreiben, zu beobachten. Sie haben verschiedene Vorrechte in Rücksicht des Verkaufs der Handwerksmaterialien, und Auswahl der angekommenen Gesellen. Beschränkt sind sie dadurch, indem sie nicht für das Publikum arbeiten dürfen.

Von diesen unterscheiden sich die Hofschutzverwandten, welche unter dem Schutz des Hofes das Handwerk treiben; diese stehen mit dem Hof in weiter keiner Verbindung, und können ihr Handwerk treiben, ohne in die Zunft aufgenommen zu sein, daher wesentlich verschieden von einem Gnadenmeister, welcher vermöge landesherrlicher Dispensation in die Zunft aufgenommen ist. Dieser Unterschied wird von den meisten Rechtsgelehrten übersehn, und ist doch von Wichtigkeit. Baierische Verord. v. 19. Juli 1811. (Rb. S. 804.)

§. 735. (M. §. 470.)

Die Handwerkswitwe kann das Handwerk auch dann fortsetzen, wenn sie sich hat schwängern lassen.

Wenn die Zunftordnung nichts über den Fall, wenn eine Witwe sich hat schwängern lassen, das Vorrecht einer Handwerkswitwe verliere, bestimmt hat, so kann nach allgemeinem Recht dieser Verlust nicht erfolgen. Denn

1) im Allgemeinen haben die Handwerkswitwen die Rechte, welche ihrem verstorbenen Mann zustehn (Struv a. a. O. T. II. p. 64.). So wenig nun ein Meister, wenn er ein stuprum begangen, aus der Zunft gestoßen werden kann, so wenig kann auch dies geschehn, wenn seine Witwe sich hat schwängern lassen.

2) Auf die Vermögensrechte hat das stuprum bei der Witwe keinen Einfluß; so wenig durch eine unzüchtige Lebensart das Leibgeding verloren geht (Polemik Th. III. §. 534.), so wenig kann angenommen werden, daß sie in einem solchen Fall die Vorrechte als Meisterwitwe verliert. Daß aber das Recht, das Handwerk

des Mannes fortzusetzen, mit zu den Vermögensrechten der Witwe gehört, ist unbedenklich.

3) So wenig einem solchen, der eines unehelichen Beischlafs sich schuldig gemacht, die Aufnahme als Meister versagt werden kann (Stryck usus mod. L. 50. tit. 9. §. 5.), eben so wenig kann der Witwe aus diesem Grunde ihr Vorrecht entzogen werden.

4) Wegen infamirender Verbrechen kann jemand aus der Zunft gestoßen werden, das stuprum gehört aber dazu nicht, und sonach kann eine Handwerkswitwe deshalb ihr Vorrecht nicht verlieren.

5) Würden, wenn dieses der Fall wäre, Unschuldige, als die Kinder, einen beträchtlichen Nachtheil erleiden, die Witwe, wenn sie auf andere Art keine Nahrungsquelle hätte, der Armenkasse anheim fallen.

Die Meisten nehmen das Gegentheil an. Carpzov (Lib. VI. Resp. 100.), Struv (a. a. O. T. II. p. 70. n. XXIV.), Weißer (Recht d. Handwerker S. 184.), Ortloff (a. a. O. S. 294. §. 77.) Er bemerkt in der Note g), das Pr. LR. für die pr. Staaten hat hierüber nichts bestimmt, nach dem Geiste der daselbst in dergleichen Fällen bestehenden bessern Zunftpolizei, und dem, was im A. L. R. Th. II. tit. 1. §. 1027. von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs gesagt ist, kann das im Texte als gewöhnlich Angeführte auf keine Weise Statt finden.)

Anmerk. So lange der Mann Verbrechen wegen in Untersuchung und gefänglich eingezogen ist, geht das Meisterrecht nicht verloren, und sonach kann die Frau das Gewerbe durch Gesellen fortsetzen. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 277. Abs. der baierischen Ständevers. v. 1825. Beil. XII. Durch erkannte Specialinquisition geht, nach der Meinung mehrerer Rechtsgelehrten, Quistorp peinl. Recht §. 674., das Zunftrecht verloren, welches aber nach neueren Gesetzen dahin limitirt ist, daß die Frau das Handwerk fortsetzen kann.

§. 735. a) (M. §. 470.)

Adoptivkinder haben die Rechte der Meisterkinder nicht, wohl der Enkel des Meisters.

Nur auf ehelich geborne Kinder können die Vorrechte des Vaters übergehn, sonach können Adoptivkinder auch nicht das Vorrecht der Meisterkinder haben. Schilter (Exercit. iur. rom.

Ex. III. th. 17.), Lyncker (rer. iudic. decis. 351.), Struv (a. a. O. T. II. p. 57.). Da unter Kindern die Enkel mit verstanden werden (L. 220. D. de verb. sing.), so haben auch diese auf die Vorrechte Ansprüche. Carpzov (P. III. const. 10. Def. 6.), Struv (a. a. O. T. II. p. 55.).

§. 735. b) (M. §. 470.)

Die Meistertochter kann das Handwerk nicht fortsetzen.

Nach mehrern Zunftordnungen hat derjenige Gesell, welcher eine Meistertochter heirathet, besondere Vorrechte bei der Aufnahme, indem er nicht so viel Meistergeld zu erlegen braucht, ein geringes Meisterstück zu machen hat, welches zwar nach dem Reichsschluß v. 1731. Art. XIII. §. 7. verboten, dennoch aber Statt findet. Wenn nun Einige, als Beier (de Tyrone C. 1. §. 3.), Fricke (Handwerksrecht S. 73.), Knipschild (de civit. imp. L. 5. c. 2. n. 32.), annehmen, daß die Meistertochter, als solche, das Handwerk so wie die Meisterswitwe fortsetzen könne, so wird mit Recht diese Meinung von Ortloff (a. a. O. §. 80.), Kulenkamp (a. a. O. §. 105. S. 347.) verworfen.

§. 736. (M. §. 471.)

Die Vermuthung ist für personelle Gerechtigkeit.

Nach der Natur und Eigenschaft der Sache, nach der altdeutschen Parömie: Kunst erbt nicht fort, und nach den meisten Gesetzen sind Handwerksgerechtigkeiten als persönliche, d. i. welche nicht radicirt auf Häusern haftend (radicirte Gewerbe), auch ohne beschwerlichen Titel erlangt sind, zu vermuthen. Nach Abgang des Berechtigten fallen sie der Obrigkeit zur fernern Verleichung anheim, jedoch ist bei der Wiederverleichung auf die Witwen und Kinder vorzüglich Rücksicht zu nehmen. Gönner (Jahrbücher der Gesetzgebung u. Rechtspfl. in Baiern B. III. Nr. III.), Baier. Verord. v. 1. Dec. 1804., 22. Juni 1811., 6. Mai 1812., Abs. d. Ständeverf. v. 1825. Beil. XII. Das Gegentheil nehmen an Krüll (Ueber die Vorzüge der Realgewerbsgerechtigkeiten. Landsh. 1815.), Reingruber (Ueber die Natur der Gewerbe über Gewerbsbefugnisse und Gewerbsfreiheit. Landshut 1815.).

§. 737. (M. §. 472.)

Wenn der Handwerker von seinen Materialien das Werk verfertigt, so ist ein Kauf vorhanden.

Wenn ein Handwerker Materialien von dem Besteller erhält, und ihm das Arbeitslohn bezahlt wird, so ist ein Miethscontract (Locatio conductio operis) vorhanden (L. 2. §. 1. L. 51. §. 1. D. loc. cond. §. 4. Inst. de loc. et conduct.), wenn aber der Handwerker selbst die Materialien hergiebt und daraus die bestellte Arbeit verfertigt, so wird zwar in der L. 22. §. 2. D. loc. cond. von Paulus angenommen, daß ein Miethscontract vorhanden sei; denn es heißt hier cum insulam (ein abgesondertes Haus oder mehre Häuser, welche auf einem freien Platz stehen) aedificandam loco ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferit et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem. Allein Sabinus L. 20. D. de contr. em. vend. und Gajus L. 2. §. 1. D. de contr. em. vend. nehmen einen Kauf an. Letzterer sagt: Si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis, certaeque formae et acceperit trecenta: utrum emptio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit. Cassius §. 4. I. de loc. cond. hält es für ein gemischtes Geschäft. Justinian aber hat die mittlere Meinung für die richtige anerkannt. §. 4. Inst. de loc. cond.

§. 737. b) (M. §. 472.)

Den Handwerkern, welche wegen Arbeitslohns oder Baumaterialien Forderungen an den Bauherrn haben, steht kein stillschweigendes Pfandrecht an dem Gebäude zu.

Mehrere Rechtsgelehrte, Westenberg (Duris Marcus Diss. 41. §. 4. p. 358.), Lauterbach (ad Dig. Lib. XX. tit. 2. §. 69.), Pufendorf (T. II. obs. 170.), de Back (Diss. ad L. 1. D. in q. c. pig. Lps. 1724. p. 98.), Walch (Diss. de privileg. pec. in refect. aedium creditae. Jena 1771. und in Introd. in controv. iur. civil. p. 794. §. 5.), Gmelin (Ordnung der Gläubiger K. 3. §. 3.) sind der Meinung, daß dieses stillschweigende Pfandrecht und Hypothek, welches nach den Ge-

setzen (L. 1. D. q. c.) demjenigen zusteht, der zur Wiederherstellung der Gebäude etwas dargeliehn hat, auch zustehe, indem

1) der nämliche Grund des Gesetzes hier vorhanden sei, denn der Handwerker, der Materialien hergebe und arbeite, trüge ja zur Herstellung des Gebäudes mit bei, nun gelte aber der Grundsatz: ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio. L. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. possit.

2) Unter pecunia credita in der L. 34. D. de reb. auct. iud. poss. sei nicht blos baar vorgeschossenes Geld zu verstehn, sondern es könnten darunter auch die schuldige Bezahlung für Arbeitslohn, Baumaterialien u. s. w. verstanden werden.

3) Die L. 5. und 6. D. qui pot. in pign. unterstütze hinlänglich diese Meinung.

Andere, als Rivinus (Enunciata Tit. 43. §. 40. p. 1547.), Wernher (enunc. fori hod. part. I. en. XXVIII. p. 110.), Böhmer (Diss. de iure merced. opificum in concursu credit. Goett. 1753. in Electis T. I. p. 377.), Wessenbach (ad Pand. L. 20. §. 17.), Dabelow (Concurs der Gläub. S. 202.), Meißner (Darstellung der Lehre v. stillschw. Pfandrechten Th. II. §. 77 a) S. 196.), sind der entgegengesetzten Meinung, indem

1) die Hypothek nur dann Statt finde, wenn die Hauptforderung sich aus einem wirklichen Darlehn herschreibt, d. h. wenn der Gläubiger dem Eigenthümer baares Geld zum Bau vorgeschossen hat.

2) Die von den Gegnern vorgebrachten Gründe unerheblich sind. Denn

a) durch Schlüsse aus der Rechtsanalogie kann keine stillschweigende Hypothek eingeführt oder erwiesen werden, und hier findet nicht einmal eine solche Analogie Statt; denn wie Böhmer (a. a. O. §. 11. p. 392.) richtig bemerkt, ist es weit leichter Arbeitslohn und Materialien, als baares Geld creditirt zu erhalten, und wer das Letztere hat, kann bei den erstern den Credit leicht entbehren.

b) Wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß unter pecunia öfters das Kaufpretium oder der Werth einer Sache, ja selbst der Lohn bei dem Miethscontract (L. 18. §. ult. D. de stip. serv.) verstanden wird, so bleibt doch

1) die gewöhnliche Bedeutung dieses Wortes für baares Geld (**Brisson.** s. v. pec. n. 3.);

2) credere pecuniam, wird ausschließungsweise von Darlehnscontracten gebraucht (L. 1. L. 3. §. 3. L. 4. D. ad SC. Maced. L. 2. §. 3. D. de reb. cred.);

3) dies ist hier um so mehr der Fall, da pecuniam subministrare, welches immer Vorschießen in baarem Gelde bedeutet, in den Gesetzen synonym mit pecuniam credere gebraucht wird;

4) die L. 24. D. de reb. auct. iud. poss. spricht blos von dem privilegio exigendi, und nicht von der Hypothek. Dagegen läßt sich die von der Hypothek handelnde L. 1. in q. c. auf keine Weise ausdehnend erklären. Die Ausdrücke: pecuniam mutuam dare, nummos administrare, scheinen in diesem Gesetze in der Absicht gewählt zu sein, jede Zweideutigkeit zu vermeiden. Ulpian wirft bei einer andern Gelegenheit, nämlich in seinen Bemerkungen zu dem macedonischen Rathschluß (L. 7. §. 3. D. ad SC. Maced.) die Frage auf: mutui dationem non solum numeratae pecuniae, verum omnium, quae mutuo dari possunt, an accipere debeamus videndum? und beantwortet sie dahin: sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri; ait enim Senatus, mutuam pecuniam dedisset, und eben so spricht der Senat in L. 1. D. in q. c.

c) Die angeführten Gesetze handeln nicht von stillschweigenden Hypotheken, sondern blos von der Rangordnung bereits constituirter Hypotheken.

Diese letztere Meinung ist wohl die richtigere.

§. 737. c) (M. §. 472.)

Das edictum aedilitium, nicht aber das remedium L. 2. C. de rescind. venditione findet in Handwerksstreitigkeiten Statt.

1) Das **edictum aedilitium** findet in Handwerkssachen dann Statt, wenn

a) der Handwerker schlechte Arbeit geliefert, Materialien anwandte, welche unbrauchbar waren, sei es nun, daß diese Materialien, wodurch die Fehlerhaftigkeit der Arbeit bewirkt wurde, er selbst anschaffte, wo er, gleich wie ein Verkäufer, verbunden ist (§. 737.), oder sie von dem Besteller erhielt, indem er als Kunst- und Sachverständiger verbunden ist, auch ein geringes Versehn zu vertreten.

Es kommt nun auf die Beschaffenheit des fehlerhaften Werks an, ob es so ist, daß dadurch für den Besteller das Ganze unbrauchbar wird, oder von der Art, daß er es nicht so brauchen im Stande ist, wie vorausgesetzt wurde oder werden konnte.

b) Wenn ein ganzes Gebäude fehlerhaft befunden wird.

Ob nun überhaupt das ed. aed. in locatione cond. gebraucht werden könne, ist bestritten. Mehrere nehmen wegen der L. 63. D. ad aed. ed. das Gegentheil an, als Struv (eccl. controv. Ex. XXVII. th. 4.), Berger (Resolut. leg. obstantium Lib. XXI. q. m. p. 484.), de Cocceji (ius controv. lib. XXI. q. 2.), Walch (Introd. in contr. iur. civil. p. 630.). Allein Andere, als Cujac (Obs. XII. c. 3.), Meyer (colleg. argentorat. tit. D. de ed. aed. §. 21.), Schilter (Prax. iur. rom. Ex. XXXIV. §. 9.), Hofacker (Principia iur. civil. Tom. III. §. 1927. not. b.), sind der entgegengesetzten Meinung wegen L. p. C. de loc. cond. und Basilius in eclog. compend. Lib. XXV. §. 1. Letztere Meinung ist die richtigere; denn die übrigen vorgebrachten Gründe passen eher auf die loc. cond. rer. als operis. Daß nun beim Kauf das Edict Anwendung finde, ist unbedenklich. Sonach kann es auch in dem Falle, wenn der mit dem Handwerker eingegangene Vertrag als ein Kauf zu betrachten ist (§. 737.), in Anwendung kommen.

Was die Zeit anbetrifft, wie lange der Anspruch gegen den Handwerker Statt hat, so dauert solche, wenn auf die Rücknahme des Werks geklagt wird, 6 Monat, wenn auf Minderung des festgesetzten Preises geklagt wird, ein Jahr.

Im Allgemeinen findet man diese Bestimmungen zum Theil in den Particulargesetzen aufgenommen; als in Pr. L R. Th. I. tit. XI. §. 947 u. f. f. §. 968. §. 969. Wegen Fehler in der Bauart kann der Baumeister nur innerhalb drei Jahren, wegen Fehler, die in der schlechten Beschaffenheit ihren Grund haben, innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit in Anspruch genommen werden.

2) Ob das remedium L. 2. C. de rescind. vend. dann Statt finde, wenn der Handwerker oder Baumeister behauptet, er sei über die Hälfte des bedungenen Arbeitslohns bevortheilt, ist bestritten. Diejenigen, als Cujac (L. 16. c. 18.), Faber (Dec. VIII.

Err. 7.) und Schiforbeker (Tr. VIII. 13. n. 5.), welche diese Frage verneinen, unterstützen solche durch folgende Gründe:

1) Weil das Remedium nur dem zu statten komme, welcher den wahren Werth der Sache, durch die er verkürzt worden, nicht gewußt habe, ein Handwerker aber könne bei Geschäften, die zu seinem Handwerk gehören, die Unwissenheit nicht vorschützen;

2) weil dadurch die nachtheiligsten Folgen entstehn würden, wenn ein Handwerker diesen Einwand gebrauchen wollte, indem derjenige, welcher die Arbeit bestellt, in der Voraussetzung, daß er nicht mehr zu bezahlen habe, den Vertrag mit dem Handwerker abgeschlossen, und sonach, wenn er nachher einen großen Preis zu bezahlen angehalten werden sollte, einen beträchtlichen Schaden leiden könnte.

Dagegen wird von Andern, als Schaumburg (de aeq. et usu practico L. 2.), Cocceji (de ren. L. 2. C. de rer. V.), Stryck (de caut. contract. Sect. 2. Cap. 9. §. 4.), Hofacker (Principia iur. civ. T. III. §. 1936.), in der Entscheidung der pr. Gesetzcommission vom 31. Juli 1787. (Kleins Annalen B. 6. S. 278.), das Gegentheil angenommen, weil

1) das Remedium der Regel nach in allen negotiis onerosis Statt finde, und kein Gesetz vorhanden, welches es in locatione operarum oder operis ausschließt.

2) Weil der Handwerker zwar als Kunstverständiger überlegen müsse, ob er um diesen oder jenen Preis das Werk liefern könnte, doch aber Umstände eintreten könnten, welche von der Art wären, die er nicht hätte voraussehn können, z. B. wenn der Preis der Materialien schnell sehr hoch gestiegen wäre.

3) Der Besteller und Bauherr sich mit dem Schaden des Handwerkers oder Baumeisters bereichern würde.

Allein die erstere Meinung ist mehr auf rechtliche Gründe als auf Billigkeitsgründe gestützt. Der Handwerker als Kunstverständiger muß beurtheilen können, wie viel die Materialien kosten, welche er zur Verfertigung des Werks braucht, auf den zufälligen Umstand, daß der Preis der Materialien während der Zeit gestiegen sei, kann keine Rücksicht genommen werden. Hiermit stimmt auch das Pr. LR. Th. I. tit. XI. §. 926. überein. Es heißt hier: Auch wenn der Werkmeister die Materialien herzugeben übernommen hat, kann ein solcher Vertrag unter dem Vorwande einer Verletzung

über oder unter der Hälfte weder von einem noch dem andern Theile angefochten werden.

§. 737 d). (M. §. 472.)

Den Gelehrten steht nicht das Vorrecht zu, die Niederlassung der Handwerker, welche bei Ausübung ihres Handwerks Lärm und Geräusch machen, zu verwehren.

In der L. unic. Cod. de stud. liberal. ist bestimmt: Habeat igitur auditorium — duos quoque qui iuris et legum voluntates pendant: ita ut unicuique loca specialiter deputata adsignari faciat tua sublimitas: ne discipuli sibi invicem possint obstrepere, vel magistri: neve linguarum confusio permixta vel vocum, aures quorundam et mentes a studio literarum avertat.

Einige, als Carpzov (Part. II. const. XXXVII. def. 23.), Lyncker (Vol. II. cons. et responsor. resp. 147. p. 717.), Stryck (de iur. sens. Diss. 3. c. 2. n. 20.) sind nun der Meinung, daß dieses Vorrecht der Handwerker, welche lärmende Handthierungen treiben, in der Nachbarschaft nicht zu dulden, jedem Gelehrten zustehe, indem die letztern Worte der Verordnung aures ꝛc. auf alle Gelehrte zu beziehn seien. Noch Andere wollen es blos den Professoren bei Universitäten gestatten, indem utilitas publica es erfordere, daß sie in ihren Geschäften nicht gestört werden, sprechen es aber den Gerichtspersonen, Advocaten, Aerzten, Doctoren ab: Hymmen (Beiträge z. jurist. Liter. B. VII. S. 56.). Noch Andere wollen es blos in dem Falle angesessenen Gelehrten gestatten, wenn sie schon längere Zeit an dem Ort gewohnt haben, wo sich jetzt ein solcher Handwerker niederlassen will, als Fricke (Gr. des R. d. Handw. §. 89. n. e.), Weißer (Recht d. Handw. §. 113. p. 254.), Roth (Materialien z. HWR. Heft 2. n. 2. S. 10.). Mehrere aber, als Brunnemann (Comm. ad codicem L. un. C. de st. lib.), Walch (Introductio in cont. i. civil. p. 635. §. 5.), Höpfner (Comment. über die Heineccischen Inst. §. 885.), v. Quistorp (rechtl. Bemerk. Th. 2. n. XV. S. 59.) sind der Meinung, daß es blos auf öffentliche Hörsäle zu beschränken sei; s. n. Thomasius (jurist. Handl. Th. 3. n. 15. S. 359—366., ob hämmernde und pochende Handwerker von den Gelehrten aus ihrer Nachbarschaft vertrieben werden dürfen?), diese letztere Meinung ist die richtigere:

1) Wenn gleich nicht geleugnet werden kann, daß Handwerker, welche ein Geräusch machen, für Gelehrte, welche emsig ihren Studien obliegen, sehr unangenehm sind, so würde doch dadurch eine zu große Beschränkung für andere Bürger der Stadt entstehn, wenn man ein solches Vorrecht den Gelehrten gestatten wollte.

2) Gesetze, welche Beschränkungen der natürlichen Freiheit enthalten, gestatten keine ausdehnende Erklärung.

3) Das angegebene Gesetz spricht blos von öffentlichen Hörsälen, es kann sonach nicht einmal auf die Privatauditoria, noch viel weniger auf die Privatwohnungen der Gelehrten bezogen werden.

4) Der langwährige Besitz eines Hauses, oder einer gemietheten Wohnung, begründet noch nicht ein Verbietungsrecht gegen dergleichen Handwerker, welche sich hier niederlassen wollen. Denn ein Verbietungsrecht setzt ein specielles Gesetz voraus, welches hier aber nicht vorhanden ist.

§. 738. (M. §. 472.)

Wenn die Bierbrauerei auf den Häusern haftet, so ist sie nicht als eine Dienstbarkeit anzusehn.

Die Bierbrauerei gehört zu den bürgerlichen Nahrungszweigen, Polemik B. 1. §. 172. Es ist die Vermuthung, daß den adeligen Gutsbesitzern die Bierbrauerei zustehe, Polemik Th. 4. §. 693.

Schöpffer (**de iure braxandi P. I. c. 1. n. 47.**) und Carpzov (**P. II. const. 41. def. 15.**) sind der Meinung, daß die auf den Häusern haftende Bierbrauereigerechtigkeit eine Dienstbarkeit sei. Allein mit Recht haben Riccius (**Spicil. iur. germ. L. I. tit. X. n. 1. ad §. 263. p. 404.**) und Eisenhart (Stadt- und Bürgerrecht §. 224.) diese Meinung verworfen. Denn

1) widerspricht dies dem Begriff der Dienstbarkeit, indem ja die Bierbrauereigerechtigkeit nicht in der Befugniß besteht, von dem Besitzer anderer Häuser ein Nichtthun oder Leiden zu verlangen, sondern in der Befugniß, das Bier zum feilen Verkauf zu brauen.

2) Kann die Dienstbarkeit nicht vom Gut getrennt und besonders verkauft werden (**L. 44. D. loc. cond. L. II. §. 3. L. 12. D. de pign. L. 33. §. 1. D. de serv. praed. rust.**); dies kann aber mit der Bierbrauerei geschehn, denn der Eigenthümer kann sie Andern verpachten, ja auch auf ein anderes Haus transferiren lassen; hieran hindert die dingliche Eigenschaft derselben nicht.

Anmerk. Die Bierbrauereigerechtigkeit begreift den Ausschank nicht unter sich, Pr. LR. Th. II. tit. 23. §. 72., obgleich häufig dies zum Nachtheil der Wirthe der Fall ist. Der Wirth hat das Recht, Bier auszuschenken, durch einen lästigen Vertrag erworben, er würde höchst benachtheiligt werden, wenn dem Bierbrauer die Befugniß des Ausschanks zustehn sollte. Dem Bierbrauer kann blos die Befugniß, in größern Quantitäten das Bier zu verkaufen, zustehen, wenn einem Andern der Ausschank des Bieres, wie dies bei den Wirthen der Fall ist, zustehet. Es folgt dies aus der Natur der Verleihung.

§. 738 a). (M. §. 472.)

Den Bierbrauern stehn nicht die Rechte der Kaufleute zu.

Ob den Bierbrauern die Rechte der Kaufleute beizulegen, ist bestritten. Einige sind der Meinung, daß sie dazu zu zählen seien, indem das Wort commercium von allen Arten des Handels zu verstehen sei; Andere dagegen sehen sie nicht als solche an, und zählen sie zu den Handwerkern, wohin auch die Parömie zu beziehn sei. Brauerei ist keine Kaufmannschaft. Eisenhart (d. Recht in Sprüchwörtern S. 60. n. IX.); Mevius, auf welchen er sich in der Note bezieht, beweist hier nichts, indem er in **P. V. Dec. 116.** blos die Frage aufwirft: ob ein Müller in die Bierbrauereicompagnie aufgenommen werden könne?

Diese letztere Meinung ist nun wohl die richtigere. Hiernach läßt sich auch die Frage entscheiden: ob den Büchern der Brauer die Vorrechte der Handelsbücher zukommen? Mehrere nehmen dies in dem Falle an, wenn die Bücher ordentlich geführt sind; Leyser (**Med. Sp. 279. med. 2.**), Rosener (**de libr. mercatorum C. 12. n. 24.**), Struben (rechtl. Bedenken B. 1. Bed. **XXXV.** B. 5. Bed. **CIV.**), allein mit Recht wird diese Meinung von Andern, Ebeling (Ueber die Beweiskraft d. Handelsbücher S. 44. §. 34.), Mittermaier (a. a. O. §. 514.) verworfen.

§. 738 b). (M. §. 472.)

Wegen der Bierschulden hat der Bierbrauer ein Vorzugsrecht im Concurs, welcher über das Vermögen seines Abnehmers ausbricht.

So wie den Fabrikanten und den Handwerkern, welche Fabrikate und Handwerksgegenstände an Jemanden abgegeben haben,

ein Vorzugsrecht in dem Vermögen des Abnehmers zusteht, (§. 4. I. loc. L. 2. §. 1. D. loc. cond. Struv D. de operarum locatione et conductione §. 31.) und so wie diejenigen, welche Samen-, Brod- und Fütterungsgetreide vorgeschossen haben, ein Vorrecht im Concurs genießen, (Preuß. Gerichtsord. Th. 1. tit. 50. §. 352. und baier. Prioritätsordnung §. 21.) so muß auch dem Bierbrauer, der an Wirthe oder Andere Bier anf Credit gegeben, ein solches Vorrecht zustehn. In Baiern erging das Mandat v. 27. Sept. 1806., worin in §. 35. den Bierschulden die Vorrechte der Wechsel- und Merkantil-Schulden eingeräumt wurden, welches in der Verordn. v. 28. Jul. 1807. §. 29. wiederholt wurde. In der Verordn. vom 25. April 1811 wurde bestimmt, daß in Rücksicht der Bierschulden ein summarisches Verfahren und die strengste Execution statt haben sollte [k]).

Nach dem Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 §. 12. n. 10. haben Inhaber oder Pachter von Bierbrauereien wegen ihrer Forderungen an Bierwirthe für abgegebenes Bier und Branntwein einen gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek.

k) Es entstand darüber ein Zweifel: ob Bierschulden nach der Verordn. v. 1811. noch den Vorzug vor Wechselschulden haben könnten? Für die verneinende Meinung wurden folgende Gründe angeführt: 1) die Verordn. v. 1811. tit. 2. not. 28. bemerkt dieses Vorzugsrecht nicht, sondern bestimmt nur ein summarisches Verfahren, und verweist in Ansehung des Vorrechts auf das künftige Civilgesetzbuch. 2) Dieser Hinweis und der darin enthaltene Vorbehalt giebt deutlich zu erkennen, daß es die Absicht des Gesetzgebers sei, daß das bisherige Vorzugsrecht cessiren soll. 3) Die frühere Verordnung bestimmt nicht das summarische Verfahren, welches die neue festsetzt; sonach kann angenommen werden, daß durch die neuere die ältere aufgehoben wurde. Für die bejahende Meinung wurden folgende Gründe angeführt: 1) Der art. 28. wiederholt den §. 29. der Verordn. v. 28. Jul. 1807., worin der Vorzug der Bierschulden dem Vorzug der Wechselschulden eingeräumt wird. 2) Der Vorbehalt des im künftigen Civilgesetzbuch noch näher zu bestimmenden Vorzugsrechts kann nicht den Sinn haben, den Bierschulden das bisherige Vorzugsrecht zu entziehn, denn es heißt: „noch näher zu bestimmenden Vorzugsrecht." 3) Die ganze Tendenz der Verordn. v. 1811. geht auf Begünstigung der Bierfabrikanten gegen die Bierwirthe. 4) Ist nicht zu leugnen, daß für den Bierfabrikanten die Sicherheit seiner Forderung gegen Verlust im Concurse nicht hinreicht, sondern das Gesetz den nothwendigen Credit erst dann ganz befestiget, wenn es auch außer dem Concurse für Abschneidung processualischer Weitläufigkeiten und starken Execution sorgt, damit der Fabrikant, der für sein Fabrikat große Auslagen macht, und zum Fortbetrieb immer baares Geld haben muß, zur rechten Zeit seine Zahlungen erhalte. In dem Rescript v. 23. Juli 1817. wurde die erste Meinung angenommen, solches aber durch das Rescript v. 10. Mai 1818. wieder aufgehoben. S. Welsch Handbuch des baierschen Universal-Concursproz. Erl. 1819. S. 164., und von Gönner Jahrb. d. Gesetzgeb. B. 2. n. XXI.

Auch war es zweifelhaft: ob das Vorzugsrecht der Bierschulden sich nur auf das freieigene Vermögen, keineswegs aber auf

erbrecht=, lehen= oder grundbare Güter, ohne Consens der Grund= oder Lehnherren erstrecke? Welsch a. a. O. §. 18. nimmt an, daß sich dieses Vorrecht blos auf freieigene Vermögen erstrecke, indem die Bierschulden den Wechselschulden gleichgestellt sind, und folglich, gleich den Wechseln, nur nach beigebrachtem grundherrlichem Consens auf die Priorität, in Ansehung des grundbaren Guts, Anspruch machen können. Der entgegengesetzten Meinung ist v. Gönner a. a. O. S. 273. und zwar aus folgenden Gründen: 1) Wenn das Gesetz die Bierschulden den Wechselforderungen gleichstellt, so sollen doch jene nicht ganz wie diese behandelt werden, sonach können auch die Voraussetzungen, unter welchen die Priorität der Wechsel begründet wird, hier keine Berücksichtigung finden. 2) Das Erläuterungsmandat v. 19. Juli 1787. zur Wechselordn. v. 1785 erfordert aber den Consens des Grundherrn nur in einzelnen besondern Fällen, nämlich wenn ein Wechsel von Siegelmäßigen auf ein grundbares Gut ausgestellt wird.

§. 739. (M. §. 474.)

Das Branntweinbrennen gehört nicht zu den städtischen Nahrungszweigen.

Das Branntweinbrennen ist der Regel nach ein Gewerbe, wozu jeder berechtigt ist, wenn ihm die Obrigkeit, welche die Polizei an diesem Orte ausübt, wo er solches betreiben will, die Erlaubniß gegeben hat. Es scheint überhaupt mehr ein Zweig der Landwirthschaft, als der eigentlichen bürgerlichen Nahrung zu sein, und die Ausübung desselben enthält daher nichts, was den Standesvorzügen des Adels, der sich damit auf seinen Gütern beschäftigt, auf irgend eine Art nachtheilig sein könnte (s. jedoch Abh. eines Ungenannten: ist nach altsächs. Rechten denen vom Adel Branntweinfabriken anzulegen erlaubt? im jur. Journal B. 2. Lpz. 1798. S. 1. u. s. f.). Auch kann sich der städtische Meilenzwang darüber nicht erstrecken.

Wenn gleich jener Grundsatz im Allgemeinen anzunehmen ist, so enthalten doch die Particulairgesetze sehr viele Einschränkungen. Borowsky (Cameral= u. Finanzwesen in pr. Staaten S. 549.) bemerkt: Daß die Fabrikation des Branntweins in der Regel den Städten zustehe, und die Dörfer solchen aus accisbaren Städten nehmen müssen. Hiermit stimmen überein Moser (von der Landeshoheit in Polizeisachen S. 171.), Hommel (Rhaps. T. I. obs. 97.), Westphal (t. PR. Th. 1. S. 201. §. 4.), Fischer Cameral= u. PR. B. 2. §. 1193.), Eisenhart (Stadt= und Bürgerrecht §. 209.), Hagemann (Landwirthschaftsr. §. 213.), Kind (Quaest. for. T. III. q. 22.). In dem sächs. Rescript v. 25. Oct. 1797. ist jener Grundsatz, daß das Branntweinbrennen ein freies Gewerbe sei, ausgesprochen (Haubold a. a. O.

§. 371.). Nach der Verordn. v. 5. Jan. 1826. ist dies aber sehr beschränkt, und es wird der Besitz von Grundstücken vorausgesetzt.

Da dieses sehr berauschende Getränk sehr leicht für die Sitten verderblich und für die Gesundheit störend werden kann, daneben auch die Bereitung desselben feuergefährlich, und sehr viel Brennholz und Getreide consumirt, so ist solches einer speciellen Aufsicht und Leitung der landesherrlichen Polizeigewalt unterworfen, und kann nur mit besonderer Genehmigung der Polizeibehörde ausgeübt werden (v. Berg Polizeirecht B. 2. S. 132. 147. 253. B. 3. S. 35. 168. 174.).

Aus dem Recht, Bier zu brauen, kann die Befugniß, Branntwein zu brennen, nicht abgeleitet werden, auch nicht das Ausschenken des Branntweins in Gläsern, Quartieren und geringen Quantitäten. Westphal (a. a. O. §. 3.), Danz (Handbuch d. t. PR. B. 5. §. 479.), Fischer (a. a. O. §. 1199.), Hagemann (a. a. O. §. 213. S. 386.).

Aus der Befugniß, Branntwein zu brennen, entspringt noch nicht das Recht, andere abgezogene Wasser und geistige Getränke zu verkaufen (Egger Bemerkungen zur Verb. d. Gesetzgeb. B. II. S. 437.).

§. 739 b.

Der Weinhandel mit selbst erzeugten Weinen steht Jedem frei, mit erkauften Weinen ist es ein zur bürgerlichen Nahrung gehöriger Zweig.

Daß jedem Besitzer von Weinbergen der Verkauf der erzeugten Weine zustehe, versteht sich von selbst; allein die Befugniß, Weine, welche jemand erkauft hat, wieder zu verkaufen, sonach einen Handel damit zu treiben, ist ein städtisches Gewerbe, so wie der Handel überhaupt. Sonach kann die Stadt ein ius prohibendi gegen den ausüben, der den Handel mit Weinen auf dem Lande treibt.

Hiermit stimmen überein: Riccius (Spicil. Lib. I. tit. X. m. II. p. 406.), Berger (E. D. F. Suppl. P. I. tit. XX. §. 3. p. 238.), Schott (Inst. iur. sax. Lib. I. Sect. II. c. 3. m. 2. §. 29.), Haubold (Sächs. PR. §. 449.), Danz (Handbuch B. 5. §. 480.).

So richtig dieser Satz nach allgemeinem Recht ist, so verhält es sich nach den Particulairgesetzen anders, so daß die Befugniß mit Weinen zu handeln, Jedem zusteht, der eine Concession erhalten hat.

§. 740. (M. §. 475.)

Die Gastwirthschaftsgerechtigkeit setzt landesherrliche Genehmigung voraus, und die Gastnahrung ist nicht als städtisches Gewerbe anzusehn.

1) Das Recht, Wirthshäuser anzulegen, wird von Einigen, Scheid (de iure erigendi cauponas et hospitia publica tam in genere, quam in specie in terris brunsv. Luneb. Gott. 1739. §. 8.), Riccius (Spicil. i. g. Lib. I. tit. X. n. III. p. 410.), Pütter (Rechtsfälle B. 2. Th. 4. S. 106.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 215.), als ein Recht der natürlichen Freiheit betrachtet, und daher jedem erlaubt, Wirthshäuser zu errichten, der Obrigkeit aber die Befugniß zugestanden, diese Freiheit in sofern zu beschränken, daß nicht zu viele angelegt werden. Andere dagegen, als Leyser (ius georg. L. 3. tit. 19. n. 28.), Engau (in iure german. L. I. §. 272.) sind der Meinung, daß der Polizeiobrigkeit diese Befugniß zukomme; noch andere, daß die Befugniß dem Rittergutsbesitzer zustehe (s. oben Polemik Th. 4. §. 694.). Mehrere aber nehmen an, daß sie landesherrliches Recht sei, als Fischer (Cameral- und PR. B. 3. §. 593. 564.), Cramer (opusc. T. 3. p. 1.), Quistorp (rechtl. Bemerk. B. 1. n. 82. S. 278.), Schmidt (Abh. versch. prakt. Rechtsart. B. I. n. 16. S. 36.), und sonach nur derjenige, welcher durch Privilegium oder besondere Verleihung, oder Verjährung dieses Recht erworben, darauf Ansprüche zu machen befugt sei.

Diese letztere Meinung ist die richtigere, denn

1) sind Wirthshäuser zur Sicherheit der Reisenden vorhanden, für die öffentliche Sicherheit kann aber nur der Staat sorgen.

2) Die Wirthschaftsgerechtigkeit kann blos solchen Personen anvertraut werden, von denen die Regierung vergewissert ist, daß sie den Fremden Sicherheit geben kann.

3) Indem dafür gesorgt werden muß, daß die Fremden nicht übervortheilt werden.

4) Damit durch Anlegung von zu vielen Wirthshäusern kein Nachtheil entsteht.

In den meisten Staaten ist auch diese Meinung angenommen. Würt. Landr. Tit. v. Wirthen §. 3. Chur-Landesordn. v. 1653. 1657., Goth. Landesordn. P. II. c. 3. Tit. XI. p. 168., Alte LO. P. II. c. 3. tit. p. 203. Codex Maximil. bav. Th. II. c. 8. §. 17. (unter der Ehehaftsgerechtigkeit mit begriffen s. Polemik

§. 694.), bai. Verordn. v. 20. Dec. 1799. RB. 1805. S. 733. Wegen Preußen Borowsky (a. a. O. S. 549.).

2) Zu den bürgerlichen Nahrungszweigen kann die Gastgerechtigkeit ihrer Natur nach nicht gezählet werden, auch kann eine Stadt, wenn sie gleich das Meilenrecht hat, kein ius prohibendi ausüben. Berger (oecon. iur. Suppl. p. m. n. 33.), Riccius (a. a. O. p. 412.), Eisenhart (a. a. O. §. 231.)

§. 740 b): (M. §. 475.)

Zwischen Schenkgerechtigkeit, Ausschank und Krugverlag ist ein wesentlicher Unterschied.

Die Schenkgerechtigkeit begreift das Recht, Getränke, sowohl in Fässern als in kleinen Quantitäten zu verkaufen; der Ausschank, die Befugniß Getränke in Gläsern, Flaschen oder andern kleinern Quantitäten zu veräußern, welcher unter dem Krugverlag begriffen ist. Das Recht, einen Krug, besonders auf dem Lande, anzulegen, hängt von der landesherrlichen Concession und von besondern Privilegien ab. Die bloße Concession des Krugverlags führt aber kein ius prohibendi mit sich, um dadurch zu verhindern, daß solches Recht nicht durch andere ausgeübt werde. (Wernher T. I. P. I. obs. 87. 88. 276. P. 2. obs. 359. P. 3. obs. 222.[1]).

Aus dem Recht Bier zu brauen, entsteht weder die Schenkgerechtigkeit noch der Ausschank; eben so wenig, wie aus dem Ausschenken auf jenes Recht geschlossen werden darf.

Der Weinschank ist keine in dem Recht zum Weinhandel enthaltene Befugniß, sondern ein in der Wirthschaftsgerechtigkeit begriffenes Recht, sonach können sich Städte dem Weinschank auf den Dörfern nicht widersetzen, wohingegen die Weinschenker wohl befugt sind, den Weinhändlern das Setzen zählender Gäste zu verbieten. (Westphal a. a. O. Th. I. n. 16. S. 155.)

Hiermit übereinstimmend Estor (bürg. RG. Th. 1. §. 1476), Beyer (Elem. iur. germ. L. I. c. 16. §. 8.), Quistorp (a. a. O. n. 80. S. 279.), Selchow (Rechtsfälle B. 4. n. 129. S. 144.), Danz (Handb. B. 5. §. 480.), Hagemann (a. a. O. S. 389.), Eisenhart (Stadt- u. Bürgerrecht S. 327. 329.), Stengel (Beitr. B. 4. S. 128.). Vom Reiheschank s. Haubold (a. a. O. §. 370.).

l) Wider einen unbefugten Concedenten, oder denjenigen, der ohne Concession sich der Schank- und Kruggerechtigkeit anmaßt, können die vorhandenen Erbkrüge (d. i. wo die Gerechtigkeit auf dem Hause als dingliches Recht haftet,) oder concessionirten Krüge ein ius prohibendi geltend machen und jenen zur Zurücknahme der Erlaubniß, diesen aber zur Niederlegung der Gerechtigkeit mit der Negatorienklage anhalten. Kind Quaest. T. III. q. 7., Haubold a. a. O. §. 369.

§. 741. (M. §. 475. a))

Die allgemeine Vermuthung ist gegen die Zwangs- und Banngerechtigkeiten.

Das Recht, Zwangs- und Banngerechtigkeiten einem Grundstück aufzulegen, ist eine Einschränkung der natürlichen Freiheit, welche nur dann erfolgen kann, wenn es das allgemeine Beste erfordert. So war es auch in ältern Zeiten, da die Begünstigung ein Mittel ward, gewisse gemeinnützige ökonomische Anlagen zu befördern, wozu sich anfänglich Niemand entschließen wollte; jetzt hat sich aber die Lage der Sache geändert, und es finden solche Vorrechte keine Begünstigung mehr, daher sie auch niemals vermuthet werden können, und da, wo sie vorhanden ist, immer nur der engste Umfang und die gelindeste Ausübung anzunehmen.

Hiermit stimmt überein Egger (a. a. O. B. II. S. 434.). Danz (Handb. B. 4. S. 518.) ist der Meinung, daß, da die höchste Gewalt die natürliche Freiheit der Unterthanen beschränken darf, auch Bannrechte durch Privilegien einzuführen befugt sei, welcher Satz offenbar darum unrichtig ist, weil diese Bannrechte höchst nachtheilig für den Staat und Einzelne sind. Daher auch in den meisten Staaten in neuern Zeiten abgeschafft [m]).

Anmerk. Die Bannrechte sind keine Dienstbarkeiten, welche im Thun bestehen. Polemik Th. I. §. 204.

m) In Baiern: Aufhebung des Bierzwangs in der Verord. v. 20. Dec. 1799., 16. Juli 1807., Brodzwang, Verord. v. 30. Sept. 1801., 27. Febr. 1802. Tafernzwang bei Hochzeiten, Verord. v. 2. Jan. 1802. Mühlenzwang, Verord. v. 4. Aug. 1809. — Wegen Sachsen Haubold a. a. O. §. 365.

§. 742. (M. §. 475. b))

Der Bierzwang begreift nicht das Recht, die Unterthanen zum Biertrinken oder Abnahme des Biers zu nöthigen.

Wenn auch seit rechtsverjährter Zeit eine gewisse Quantität Bier von der Herrschaft genommen ist, so begründet dies doch kein Recht, die Unterthanen zum fernern Biertrinken anzuhalten, wenn sie sich dessen künftig enthalten wollen.

Stengel Beitr. B. V. S. 88.

§. 742. b) (M. §. 475. b))

Bannwein ist von Weinbann unterschieden.

Gewöhnlich werden beide Worte mit einander verwechselt. Schöpflin (Alsat. illustr. T. II. p. 307.). Bannwein ist das Recht, besonders der Gemeindeherrschaften, den Hintersassen und Unterthanen zu gewissen Jahreszeiten Wein auszuschenken, so daß binnen dieser Zeit die gewöhnlichen Gemeindeschenken und wer sonst in diesem Ort den Weinschank hergebracht, nicht berechtigt sind, Wein auszuschenken, z. B. bei Kirchweihfesten. Weinbann ist dagegen eine Abgabe (Gabelle), eine Weinaccise. Henrich V. nennt es eine Tyrannei, solche zu fordern, und milderte es für die Stadt Strasburg in der Urkunde v. 1119. (s. Schöpflin a. a. O. T. I. n. 145.), s. Bodmann von Bannwein (Siebenkees Beiträge z. d. R. B. II. S. 133. §. 10.).

§. 742. c)

Der Blasenzins kann dann nicht gefordert werden, wenn die Branntweinblase nicht gebraucht werden kann.

Wegen Ausübung der Branntweingerechtigkeit wird der Blasenzins entrichtet, wird aber die Ausübung auf irgend eine Art verhindert, so kann der Verpflichtete nicht angehalten werden, den Zins zu entrichten. Stengel Beitr. B. 5. S. 89.

Dem Zwangspflichtigen steht die Befugniß zu, in dem Falle, wenn er nicht durch die Bannanstalt gehörig versorgt werden kann, anderer Anstalten sich zu bedienen.

Wenn derjenige, der verbunden ist, sein Getreide auf der herrschaftlichen Mühle mahlen zu lassen (welches Zwangsrecht beinahe das einzige ist, welches keine große Unbilligkeit enthält, indem die Herrschaft oft mit großen Kosten zum Besten und zur Bequemlichkeit der Unterthanen die Mühle erbaut hat), die Mühle wegen Mangels am Winde oder Wasser aber still stehen muß, so kann er nicht angehalten werden, so lange zu warten, bis das Hinderniß gehoben ist, sondern er ist befugt anderwärts mahlen zu lassen. Hymmen (Beitr. z. jur. Lit. B. I. n. XIX.), Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 156.).

II. Unterabtheilung.

Vom Handelsrechte.

---

§. 743. (M. §. 476.)

Das im Capitulare Carol. mag. a. 805. c. 9. vorkommende Wort Breemberg ist Nürnberg.

In der angeführten Stelle de negotiatoribus heißt es: qui partibus slavorum et avarorum pergunt, quousque procedere cum suis negotiis debeant, id est partibus Saxoniae usque ad Bardewick — ad Forahim ad Breemberg et ad Regensburg et ad Launacum.

Daß unter dem Worte Breemberg kein anderer Ort als Nürnberg zu verstehen sei, zeigt der ganze Zusammenhang. Eckard (Comm. de reb. franc. orient. II. p. 101.). Das Gegentheil nehmen an: Falkenstein (nordgauische Alterthümer. Schwab. 1734. II. p. 416.), s. n. Maurer (Ueber die baier. Städte und ihre Verfassung unter römischer und fränkischer Herrschaft. Nürnb. 1829. S. 14.).

§. 744. (M. §. 476.)

Deutschland stand schon vor den Kreuzzügen mit Italien und Venedig in Handelsverbindung.

Fischer (Geschichte d. d. Handels), Heeren (Ideen der Politik d. Verkehrs und d. Handels der vornehmsten Völker der alten Welt), Hüllmann (Geschichte des byzant. Handels) sind zwar der Meinung, daß vor den Kreuzzügen keine genaue Verbindung Deutschlands mit Italien, insbesondere mit Venedig Statt gefunden habe, welches aber nicht anzunehmen ist. Zu den indirecten Gründen, welche dagegen sprechen, gehören folgende:

1) Viele Städte Deutschlands hatten vor den Kreuzzügen einen lebhaften Activ- und Passiv-Handel, als Regensburg stand mit Constantinopel, Kiow und den nördlichen Gegenden Deutschlands in Verbindung; aus Cöln wanderten im 11. Jahrh. bei einer innern Revolution mehr als 600 Kaufleute aus; in Worms herrschte schon zu Dagoberts Zeiten Handelsverkehr, welcher bis zu den Ottonen dauerte, was aus den Privilegien von Dagobert

selbst, dann von Arnulph, von Otto v. J. 947 klar hervorgeht, und der am Ende unter den Hohenstaufen in einem hohen Grad blühend wurde. Speier empfing im J. 989 von Otto Handelsprivilegien, wird zu den Staffelstädten gezählt, und dehnt am Ende seine Geschäfte nach allen Richtungen hin in Deutschland aus. Ein Verkehr, wie der, welcher in diesen Städten zu damaliger Zeit Statt gefunden, setzt nothwendig voraus, daß die Gegend ringsum durch Empfangen und Geben bis zu den entferntsten Hauptorten in reger Thätigkeit gestanden haben muß. Sollten nun gedachte Städte blos aus dem nördlichen oder östlichen Deutschland die Gegenstände ihres Verkehrs erhalten haben? Sollte der Kreis ihrer Geschäfte sich nicht jenseit der Alpen bis Italien und jenseit des Rheins bis Lyon erweitert haben, besonders da sie dort eine leichtere Communication sich bahnen konnten, und die Art, die Waaren zu beziehn, weniger kostspielig sein mußte?

2) Von Karl dem Großen an, welcher den byzantinischen Handel in das Herz seines Reichs zu leiten suchte, bis zu den Ottonen, welche fast durch unzählige Privilegien, Industrie, gegenseitigen Verkehr und Umtausch der Lebensbedürfnisse zu begünstigen und zu heben bemüht waren, wurde Byzanz direct dem Kaiserstaate durch Italien näher gebracht. Der Besuch Otto's in Venedig hatte nicht blos auf die jährliche Abgabe Bezug, welche er der Stadt erließ (**aureum pannum, quod ex publico foedere Caesaribus annuus debebatur Sabell. hist. Venet. I. p. 87.**), sondern gewiß Handelsgegenstände. Die Artikel des Luxus, welche der deutsche Adel aus dem Orient zog, gingen durch die Hände der Venetianer (Eginhart **vita Carol. m. c. 13.**). Man müßte ganz den Speculationsgeist der Kaufleute, der sich in jenen Zeiten erprobte, verkennen, wenn er sich nicht in den Gegenden Absatz verschaffte, wo seine Waaren gesucht wurden. Dann aber, wenn die Rheinstädte auf der andern Seite wirklich mit Produkten des Morgenlandes handelten, wenn überdies einzelne Lombarden Kleinhandel damit trieben, läßt es sich mit dem Charakter des Kaufmanns nicht vereinigen, daß er die Preise der Waaren nicht calculirt habe und zu der nächsten Quelle hinaufgestiegen sein sollte.

Directe Gründe sprechen für die Behauptung. Die Waaren wurden auf drei Wegen aus Italien bezogen, a) über Genua, Marseille, Lyon, Mascor an der Saone, und von da auf der Are weiter — eine Straße, welche bis jetzt fortdauert. b) Durch

die Schweiz, namentlich durch Zürich, oder c) über Tyrol und Steiermark. Daß die Rheinstädte ihre Handlungsartikel über die Schweiz und Marseille bezogen, wird zum Theil angedeutet in einem Privilegium, welches Ludwig im J. 830 dem Stift Worms ausfertigte, worin es heißt: **ut si negotiatores artifices seu et frisiones apud civitatem vangionum devenissent, omne telonium exigat (Schannat Cod. prob. hist. epist. Worm. N. V.).** Worms stand mit Speier, Speier mit Strasburg in Handelsverbindung. Es ist sehr begreiflich, daß da, wohin Frachten gehn, auch Rückfrachten genommen werden. Man kann hiermit auch die Stelle in dem Gnadenbrief Henrichs V. v. J. 1111 vergleichen, den er der Stadt Speier gab, worin es heißt: **Piper quoque quod de navibus exactum est, eis remittimus.** Auch erhält dieses durch das Document, welches Hontheim (**Hist. Trev. T. I. p.** 482.) anführt, die höchste Wahrscheinlichkeit; es enthält einen Zolltarif für Coblenz v. 1042, bestätigt durch Henrich IV. im J. 1104 (s. die Recension v. Hüllmann, Geschichte des byz. Handels, in der Jenaischen LZ. v. 1812. Nr. 185. 186.).

§. 745. a) (M. §. 478.)

Der Großhändler unterscheidet sich von dem Kleinhändler nicht durch die Größe der zu verkaufenden Waaren.

Die meisten Rechtsgelehrten, als Mevius (**ad ius lubec. Lib. III. tit. VI. art.** 21.), Veillodter (Handelsrecht S. 2.), Fischer (Cameral- und Polizeirecht §. 259. 260. 273.), Lobethan (HR. §. 2. 14.), setzen den Unterschied zwischen Groß- (**en gros**) und Klein-Händler darein, daß jene die Waaren im Großen, diese in **minuto** verkaufen. Selbst ist in den meisten Landesgesetzen der Unterschied nach jener Hinsicht so bestimmt. Allein mit Recht wird solches von Schmalz (d. PR. §. 418.) und Bender (a. a. O. S. 58. **not. a.**) verworfen, indem es auf die Quantität nicht ankommen kann. Denn ein Pfund Kaffee und ein Pfund Cochenille oder Muscatennüsse ist und bleibt ein Pfund, aber es wird Cochenille in solchem Umfange bei keinem Kleinhändler leicht zu finden sein, vielleicht wird er solche gar nicht führen. Richtiger ist daher, wenn gesagt wird, Großhändler ist der, welcher den Handel nicht bei offenem Gewölbe treibt, und an solche Leute die Waaren absetzt, welche mit dem Erkauften wieder Handel treiben; der Kleinhändler der, welcher seinen Handel in

offenem Laden treibt, die Gegenstände in kleinsten Maas- und Gewichttheilen in der Regel an wirkliche Consumenten verkauft, welche damit weder Handel noch Gewerbe treiben, sondern das Erkaufte sogleich verbrauchen und verzehren. Daß es übrigens höchst nachtheilig für die Kleinhändler ist, wenn der Großhändler auch den Kleinhandel treibt, bedarf keines Beweises (Veillodter a. a. O. S. 10.).

§. 745. b)

Den Italienern steht der Weinhandel der Regel nach nicht zu.

In manchen Städten haben Kaufleute das Recht, ohne in die Zunft aufgenommen zu sein, zünftigen Handel zu treiben. Dahin gehören die sogenannten Italiener, italienische Kaufleute, worunter aber nicht blos wirkliche Italiener, sondern auch andere Fremde verstanden werden, welche sich des Handels wegen in der Stadt niedergelassen haben. Ist ihnen der Handel im Allgemeinen gestattet, so haben sie blos die Befugniß, mit italienischen Fungibilien zu handeln, nicht aber das Recht, Wein zu verkaufen; denn der Weinschank ist ein städtisches Gewerbe, das eine besondere Concession voraussetzt (Fritsch de iure oenop. c. 2. n. 7. sagt: est enim ius oenopolii facultas a magistratu concessa, qua alicui liberum est cum aliorum exclusione vina divendere et solet iuris huius concessio regalibus adnumerari). Kann daher solche der Italiener nicht nachweisen, so hat er auch nicht das Recht des Weinschankes, indem sein Handelsrecht blos auf jene Früchte beschränkt ist. Hiermit stimmen überein: Westphal (d. PR. Th. I. Abs. 16.), Eisenhart (Stadt- und Bürgerrecht §. 172.). Abweichende Meinungen finden sich in v. Preuschen (Pr. de iuribus mercatorum Italorum in germania commorantium singularibus), Seeger (Diss. de coloniis mercat. in germ. Lps. 1781.), Fischer (Cameral- und Polizeirecht Th. I. §. 1045.).

§. 746. (M. §. 479.)

Das Handelsgeschäft kann blos auf Gegenstände des Handels bezogen werden.

Ueber den Begriff von Handel und Handelsgeschäft giebt es verschiedene Meinungen unter den Rechtsgelehrten, und verschiedene Bestimmungen in den Gesetzen. Melon (Essai sur le

commerce Chr. I. 9.) sagt: le commerce est l'échange du superflu pour le nécessaire. Gutschmid (Diss. de favore commerciorum. Lps. 1750. §. 10.): Commercia sunt mutationes mercium, quas nobis necessarias credimus, iis quas magis necessarias existimamur. Böhmer (de iure principis libertatem commerciorum restringendi in Elect. iur. civil. T. III. exercit. 9.) sagt: communicatio rerum et operarum cum aliis per pacta; s. a. Büsch (Darstellung d. H. Th. 3. S. 3.). In einigen Gesetzen ist der Begriff beschränkt, in andern aber sehr erweitert worden. So bestimmt die baierische Verord. v. 31. Jan. 1806. (RB. S. 43.) den Begriff von Handelssachen dahin, daß darunter diejenigen Angelegenheiten zu verstehen sind, welche Handelsleute betreffen, und nach den unter ihnen allein üblichen Gebräuchen und Gesetzen entschieden werden, auch Schuldsachen, welche aus einem Geschäft entstehen, bei dessen Eingehung sich die Contrahenten dem Merkantilgericht unterwerfen.

Um dem Wirkungskreis des Handelsgerichts recht weit auszudehnen, ist der Begriff im Code de Commerce art. 632. sehr weit ausgedehnt worden; hiermit stimmt auch die Hamburger Handelsgerichtsordnung Art. 9—13 überein.

Unter Handelsgeschäft kann blos ein solches verstanden werden, das darin besteht, daß Handelswaaren eingekauft oder eingetauscht werden, um solche unverändert wieder zu verkaufen. Handelswaaren sind aber Naturprodukte und Kunsterzeugnisse, welche nicht sowohl von den Erzeugern oder Verfertigern an den letzten Käufer verkauft werden, sondern durch mehrere Hände gehen, und eine Zeit lang aufbewahrt werden können.

Dieser eigentliche Begriff von Handelssachen hat sonach einen sehr erkenntlichen Charakter, den man in seine einzelne Bestandtheile zerlegen kann. Der Begriff fordert

1) Anschaffung von Waaren und deren Ablassen an Dritte. Kauf und Verkauf ist gerade nicht erforderlich, es kann auch in einem Tausch bestehen.

2) Die Waaren müssen Andern unverändert überlassen werden; dadurch unterscheidet sich der Kaufmann von einem Fabrikanten und Handwerker.

3) Das Gewerbe muß regelmäßig betrieben werden, nicht also nach Gelegenheit.

Commissions- und Speditionsgeschäfte, Assecuranz-, Frachtfuhrwesen können daher nicht zu den Handelsgeschäften in dem eigentlichen Sinne gezählt werden. Hiermit stimmen überein: v. Kreitmeier (Anmerk. zum Cod. Max. Th. V. C. 26. §. 1.), Musäus (Grundsätze d. H. u. WR. §. 1.), v. Martens (HR. §. 15.), Bender (a. a. O. §. 7.).

§. 747. (M. §. 480. n. IV.)

Den Fabrikanten ist der Detailhandel mit ihren Fabrikaten nicht erlaubt.

Wenn gleich den Handwerkern unverwehrt ist, ihre von ihnen verfertigten Waaren im Einzelnen zu verkaufen, so kann von dieser Befugniß kein Schluß auf die Fabrikanten gemacht werden. Der größte Nachtheil würde für die Kaufleute dadurch entstehen, wenn man den Fabrikanten gestatten wollte, ihre Waaren im Einzelnen zu verkaufen. Hiermit stimmen überein: Krünitz (Encyclopädie Th. XXI. v. Handel S. 646.), Roth (Materialien Heft 1. S. 24.), Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 415. „Zur Vereinzelung ihrer Fabrikwaaren sind sie der Regel nach nicht berechtigt.“ Das Gegentheil nehmen an Struben (rechtl. Bedenken Th. III. n. 138.), Martens (Handelsrecht §. 10. S. 14.).

§. 747. b) (M. §. 480. n. V.)

Es ist unerlaubt und strafbar, der Fabrikzeichen eines Andern sich zu bedienen, um dadurch einen Vortheil zum Nachtheil der Fabrik zu erlangen.

Es steht zwar jedem frei, sich gewisser Zeichen, Figuren, Signaturen zur Bezeichnung seiner von ihm producirten Waaren zu bedienen, aber so wenig es erlaubt ist, anderer Familienwappen, als der seinigen, sich zu bedienen, so wenig kann es erlaubt sein, fremde Fabrikzeichen, vorzüglich wenn sie mit Namensumschriften versehn sind, zu gebrauchen, denn dies kann in keiner andern Absicht geschehn, als um der Waare, zum Nachtheil der sehr gangbaren, mehr Abgang zu verschaffen; dies ist aber ein Betrug, der strafbar ist. Um die Strafbarkeit zu begründen, ist nicht nothwendig, daß das Fabrikzeichen dem Handelsgericht bekannt gemacht ist.

Hiermit stimmen überein: Vincens (Exposit. Vol. III. p. 70.), Gazette (des tribunaux p. 118.), Gmelin (gemeinnützige Beobacht. B. I. n. XV.), Archiv für das Civil- und

Criminalrecht d. Rheinprov. B. V. S. 92., Elvers (jurist. Zeitung 1828. Nr. 106.), s. a. Badensches Handelsrecht Art. 109. a., Baier. Strafgesetzbuch Art. 266.

§. 748. (M. §. 481.)

Die beschränkte Befugniß des Adels, Handel zu treiben, kann nicht aus dem römischen Recht hergeleitet werden.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten über die Handelsbefugniß des Adels sind verschieden, indem Einige der Meinung sind, daß demselben der Handel überhaupt darum nicht zustehe, da dieser zu der Standeswürde nicht wohl passe, Andere annehmen, daß er blos von dem Kleinhandel ausgeschlossen sei; noch Andere, daß er zwar Handel überhaupt zu treiben berechtigt sei, doch müsse er es durch einen Factor thun.

Den Grund der Beschränkung der Handelsbefugniß haben nun die meisten aus dem römischen Recht herleiten wollen, als Müller (de equite rom. negotiante. Hamb. 1761. 8.), Marquard (de iure merc. Lib. I. c. 10.), Walch (de nobilitate iur. civ. donat. §. 11. 12., in s. opuscul. T. II. p. 88.), Leyser (Medit. in Pand. sp. 189. m. 1. sp. 670. m. 22.), indem es in der L. 3. C. de commerciis heiße: Nobiliores natalibus et honorum luce conspicuos — mercimonium exercere prohibemus. Allein mit Recht wird dies von Andern, als Bender (a. a. O. §. 31.) verworfen, indem

1) unter nobiles keine Adeligen zu verstehen sind;

2) aus dem Gesetz blos ein Verbot des Waarenhandels (mercimonium) ersichtig ist;

3) der von vielen, als Ansold de Ansold (Cons. 138. n. 348. und de commerc. et merc. n. 73.), Straccha (de mercat. P. II. n. 17.), gemachte Unterschied zwischen Groß- und Kleinhandel in dem römischen Recht nicht zu finden, sondern vielmehr, wenn man das römische Recht als die Quelle des Verbots betrachten wollte, daraus folgern würde, daß der Adel überhaupt vom Handel ausgeschlossen sei.

Andere allgemeine Gesetze [n]), welche ein Verbot enthielten, sind nicht vorhanden, wollte man solche berücksichtigen, so würde daraus folgen, daß der Adel überhaupt von dem Handel ausgeschlossen sei.

Da nun das römische Recht nicht auf die adeligen Verhältnisse paßt, und es an allgemeinen deutschen Gesetzen ermangelt, so ist auf das Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen, und hiernach würde der Grundsatz der richtige sein: der Adel geht durch Treibung des Großhandels, und wenn der Kleinhandel nicht innungsmäßig ist, nicht verloren.

In den Particulair-Gesetzen trifft man verschiedene Bestimmungen an. Nach dem pr. Landrecht Th. II. tit. 9. §. 77. kann ein Adeliger Handel en gros treiben, wenn er nicht innungsmäßig ist; in geschlossene Kaufmannsinnungen soll aber der Adelige ohne besondere landesherrliche Erlaubniß nicht treten. Nach der preuß. Verordn. v. J. 1807. (Mathis jurist. Monatsschrift B. 5. S. 170.) ist jedem Edelmann, ohne allen Nachtheil seines Standes, bürgerliche Gewerbe zu treiben, gestattet. Die bai. Verfassungsurkunde B. V. §. 22. suspendirt den Gebrauch des Adelstitels — durch Ausübung eines Gewerbes bei offenem Kram und Laden.

n) Dahin werden gezählt: Die Glosse zum Sachsenspiegel II. 27. Pfaffen und Ritter (müssen) auch zollen — ob sie — Kaufmannschaft treiben. Tourniergesetz Henrich I. a. 938. art. XI., so er sich mit Kaufmannschaft, Wechseln, Fürkaufen u. dergl. Sachen nähren, oder sein Einkommen mehren wollt, dadurch sein Adel geschmäht und vernichtet wird. Groscomitiv v. K. Leopold an den Freiherrn von Ingelheim J. 1608. wo es heißt: doch sollen die Personen so also, wie vorsteht, durch ernannten Freiherrn v. Ingelheim oder sein Franz Adolps Dietrich Nachkommen in den Stand und Grad des Adels erhebt werden, sich aller bürgerl. Handthierung, handwerkliche Gewerbe und keine Kaufmannschaft sammt andern unadeligen Sachen und Thaten bei Verleichung derer solchen Personen ertheilten kais. Gnaden und Concessionen gänzlich enthalten.

§. 748.[a]) (M. §. 481.)

Ein Minderjähriger, welcher zum Handel autorisirt ist, kann auf die Restitution in integrum keine Ansprüche machen.

Die Rechtsgelehrten sind über die Frage: ob ein Handeltreibender Minor auf die Restitution in integrum Ansprüche zu machen berechtigt sei, sehr getheilter Meinung, indem Einige diese in allen Geschäften, mögen sie Handels- oder andere Geschäfte sein, ausschließen, Marquard (de iure mercatorum Lib. I. cap. IX. n. 3.), Lauterbach (de iure in curia mercatorum usitato §. 46.), de Cramer (Obs. T. II. obs. 950.); Andere der Meinung sind, daß dem Minderjährigen, der Handlung treibt, die Restitutio in integrum in Geschäften, die die Handlung nicht betreffen, nicht zukomme, als Mevius (ad ius lubec.

P. III. tit. 6. art. 21. n. 26.), Stracha (de mercatura p. 3. n. 26.), Leyser (med. sp. 60. m. 6. 7. 8.), Martens (Handelsrecht §. 12.), Mittermaier (a. a. O.).

Was den Grund anbetrifft, weshalb die Restitutio den minderjährigen Kaufmann in allen Angelegenheiten oder blos solchen, welche den Handel betreffen, nicht zukommen soll, so sind die Meinungen auch hierüber getheilt, indem Einige, als Mevius, Stracha und Leyser °) a. a. O., solche auf eingeführte Gewohnheit stützen, Andere dagegen darein setzen, daß der minderjährige Kaufmann wie ein Kunstverständiger erscheine, als Weber (über die natürliche Verbindlichkeit S. 241. not. 7.), noch Andere, als Bender (a. a. O. §. 41. S. 103.), weil dadurch, wenn dies gelten sollte, der Credit des handelnden Minderjährigen fühlbar geschwächt und allmählig untergraben würde.

Nach der richtigen Meinung fällt die Restitutio bei einem minderjährigen Kaufmann, der die Erlaubniß zum Handel erhalten hat, in allen Fällen, sie mögen die Handlung betreffen oder nicht, weg. Denn

1) wenn der Minderjährige autorisirt ist, die Handlung zu treiben, so würde die Legislation sich widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite, in Ansehung eines solchen Gewerbes, die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zueignen wollte.

2) Was die Gesetze von den Rechtsgeschäften der Minderjährigen aus der Ursache verordnen, weil sie einen Mangel an gesetzter Ueberlegung und gehöriger Kenntniß bei ihnen voraussetzen, das kann unmöglich auf diejenigen Verhältnisse angewandt werden, in welchen der Staat selbst den Minderjährigen für eine gewisse Kunst, Gewerbe oder Handthierung öffentlich anerkannt hat.

3) Der Minderjährige tritt in die Reihe derer, welche als selbstständig erscheinen und ihren Geschäften vorzustehen im Stande sind.

4) Der Grund ist der, weil, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, der Credit des handelnden Minderjährigen allmählig untergraben werden würde. Welcher Kaufmann würde einem solchen, von dem man annehmen könnte, daß er sich auf Restitution berufen würde, Credit ertheilen, wer würde sich überhaupt in irgend ein Geschäft mit ihm einlassen?

Sehr bestimmt drückt sich das französische Recht hierüber aus. Im Code Napoléon art. 487. heißt es: Le mineur éman-

cipé qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce. Code de commerce art. 2. Tout mineur émancipé de l'un et de l'autre sexe, âgé de dixhuit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'art 487. du Code Napoléon de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faut de commerce 1) s'il na été — autorisé par son père. 2) si, en outre l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu ou le mineur veut établir son domicil.

So auch das österreichische Gesetzbuch §. 252. „Wenn einem „Minderjährigen der Betrieb einer Handlung oder eines Gewerbes „von der Behörde gestattet, so wird er dadurch zugleich für voll„jährig erklärt."

Um jedem Nachtheil vorzubeugen, bestimmt das pr. L.R. Th. II. tit. 8. §. 477. Ein Minderjähriger soll zur Treibung kaufmännischer Geschäfte erst nach erhaltener Großjährigkeit gelassen werden. Hiermit stimmt auch der frankfurter Entwurf einer ern. Wechsel- u. Merkantilordn. v. 1827. §. 13. überein. Veillodter (Handelsrecht C. 2. §. 5.) sagt ganz richtig: Wer handeln muß (muß wohl heißen will), muß majorenn sein, oder wenn er es noch nicht ist, eine obrigkeitliche Majorennitätserklärung erhalten haben.

o) Er führt ein Gutachten seiner Facultät an, worin es heißt: Nun mag zwar nach eingeführter Gewohnheit ein minderjähriger Kaufmann in Sachen, so die Kaufmannschaft angehen, wider einen getroffenen Handel keinesweges restitutio in integrum suchen, welches ex identitate rationis nicht unbillig auf die Handwerksleute in den ihr Handwerk betreffenden Handlungen erstreckt wird.

§. 749. (M. §. 482.)

Eine Handels- oder Kauffrau ist die, welche selbstständig oder mit Andern vereinigt, den Handel auf eigne Rechnung treibt.

Wichtig ist der Begriff einer Handelsfrau, indem hiervon die Frage abhängt, ob sie sich da, wo die cura sexus gilt, selbstständig verpflichten könne, ohne Autorisation ihres Mannes, verbindlich machen, und da, wo Gütergemeinschaft gilt, durch einseitige Handlungen die Masse verpflichten könne. Die Meinungen der Rechtsgelehrten[p]) und die Bestimmungen der Gesetze[q]) sind nun sehr abweichend.

Weder die Frau eines Kaufmanns, noch auch die, welche Handelsgeschäfte mit treibt, verkauft, einkauft, auf dem Comptoir mit arbeitet, oder die, welche durch einen Factor die Handlung betreiben läßt, kann für eine Handelsfrau angesehen werden; noch macht auch die Treibung eines Geschäfts die Frau nicht zu: Handelsfrau. Die Frau eines Kaufmannes ist alsdann eine Kauffrau, wenn sie mit ihrem Manne in wirklicher Societät steht, und vermöge des Begriffs derselben an Gewinn und Verlust Theil nimmt; die Wittwe eines Kaufmanns, wenn sie die Handlung unter der Firma fortsetzt; eine ledige Frauensperson, wenn sie mit obrigkeitlicher Erlaubniß Handel treibt, und da, wo eine Kaufmannsgilde ist, an solcher Theil nimmt. — Was die Frau eines Kaufmanns insbesondere betrifft, so ist, um gründlich zu entscheiden, noch auf folgenden Unterschied Rücksicht zu nehmen, ob unter den Eheleuten Gütergemeinschaft eingeführt ist oder nicht. In dem letztern Falle kommt es wieder darauf an, ob die Frau Handelsgesellschafterin, oder blos Gehülfin ist. In jenem Fall haftet sie als Handelsfrau, und zwar nach den bei der collectiven Societät, von der hier allein die Rede ist, geltenden Grundsätzen, nicht blos aus den von ihr selbst, sondern auch aus den von ihrem Ehemann eingegangenen Handelsgeschäften; denn dies würde das nämliche Rechtsverhältniß sein, wenn sie mit einem Dritten in einer Handelssocietät stände. Ist es hingegen der zweite Fall, und die Frau blos als Gehülfin anzusehn, so ist sie nicht als Handelsfrau verpflichtet, sondern nur in so weit, als der Factor, aus den von ihm contrahirten Geschäften des Prinzipals gehalten ist, und als zugleich die besondern Formen beobachtet werden, welche nach den Gesetzen zur rechtsbeständigen Verpflichtung eines Weibes erforderlich sind. Wenn daher an dem Ort **cura sexus**, so würde das Weib, welches ohne gehörige Autorisation ihres Curators zu den einzelnen Geschäften gehandelt hätte, gleich einem im Laden angestellten Pflegbefohlenen, zwar wohl ihren Ehemann als den Handelsherrn verpflichten, sich selbst aber nicht. Ob nun die Frau als Handelsgesellschafterin ihres Mannes, oder ob sie blos als Gehülfin zu betrachten, ist nach den Umständen zu beurtheilen. Nimmt sie an dem Handelsgewinn und Verlust Theil, so ist sie als Handelsgesellschafterin anzusehn.

Wenn unter den Eheleuten Gütergemeinschaft statt hat, und die Frau mit ihrem Manne Handelsgeschäfte treibt, so kommt es

darauf an, ob der Mann als Haupt der Ehe betrachtet wird, so daß er in allen rechtlichen Beziehungen, die das Ehepaar betreffen, als Prinzipalberechtigter oder Verpflichteter erscheint, dann wird wenigstens in Zweifeln die Theilnahme der Frau an den Handelsgeschäften nur als eine untergeordnete, nur als eine Aushülfe, die sie dem Manne leistet, anzusehn sein. Geht man aber von der Ansicht aus, daß Mann und Weib ein selbständiges Rechtssubject sind, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft anzunehmen ist, so ist die Frau als Handelsfrau verpflichtet.

p) Mevius ad ius lubec. Lib. III. tit. VI. art. 21., Manzel de foemina mercatoria in primis sec. ius lubec. in Gesterding thes. iur. lub. Tom. II. p. 658—678., Stein Abh. z. lüb. Recht. Th. III. §. 138., Schulzen de foem. mercat. Franc. 1684., Rheden de f. m. Bremen 1717., Rebhahn Del. quaestionis quae sit uxor mercatoris? Arg. 1639. Lps. 1748., Wernher Obs. T. II. ob. 236., Berger oec. iur. Lib. I. tit. III. th. 8. n. 5., Leyser (Med. Spec. 171. m. 4. 5., Schröder Abh. z. d. Staats- u. PR. Th. I. S. 25., Schott jurist. Wochenblatt B. III. S. 535., Ayrer de societate mariti et uxoris mercat. Gott. 1771., Klüber Biblioth. kl. jurist. Schriften B. I. S. 221. 306., Schmidt vermischte Abh. B. II. n. 77., Quistorp rechtl. Bemerk. B. I. n. LXI., v. Glück Pandektencomm. Th. 15. S. 34., Archiv d. HR. B. I. S. 174., Heise u. Cropp jurist. Abh. B. I. n. 1., Runde t. PR. §. 1292., Martens HR. §. 12., Ortloff Grundzüge d. t. PR. S. 170. not. 8., Bender Handelsrecht B. I. §. 37., Pöhls HR. §. 24.

q) Lübesches Recht Th. III. tit. 6. art. 21. Eine Kauffrau ist, welche aus- und einkauft, offenen Laden und Fenster hält, mit Gewicht und Waage, Maas und Ellen, aus- und einwiegt und mißt.

Hamburger Statuten Th. II. tit. 2. art. 8. — die Kaufmannschaft braucht, offenen Laden und Fenster hält, mit Gewicht aus- und einwiegt und mißt (s. auch Quistorp de foemina mercatr. ad Tit. 8. Part. II. art. I. iur. hamb. Bützow 1779. u. Pöhl a. a. O. §. 26.), Nürnberger Reformation v. 1564. tit. 28. art. 6. Die und ihr Mann zu offenen Kram und Markt sitzen, gemeine Handthierung und Gewerbe mit Kaufen und Verkaufen, auf gemeine Nutz und Verlust treiben.

Frankfurter Reformation Th. III. tit. 7. §. 12. Da zwei Eheleute einen gemeinen Handel treiben und die Hausfrau sowohl als der Mann, im Laden oder offenen Kram sitzen, kauft und verkauft, Geld einnimmt und ausgiebt, das Register hält. — Hessische Landesordnung v. 1498. art. 8. Die mit dem Manne das Gewerbe zur Nahrung und zum Nutzen führt. Codex Maximil. bav. Th. I. K. 6. §. 32. Regulariter (hat) gleichen Gewinn und Verlust bei gemeinschaftlichen Stücken zwischen Eheleuten Platz; welches insonderheit bei jenen wohl zu bemerken, welche zu offenem Kram und Markt sitzen. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 488. Eine Frauensperson, welche auf eigne Rechnung Kaufmannschaft treibt, kann bei den dahin einschlagenden Geschäften und Verbindlichkeiten, auf die Vorrechte und Begünstigungen ihres Geschlechts keine Ansprüche machen. §. 489. in ihren übrigen Angelegenheiten aber bleiben ihr ihre Rechte vorbehalten. §. 490. in zweifelhaften Fällen wird vermuthet, daß eine Person die eingegangenen Verbindlichkeiten als Handel treibende Frau übernommen habe. §. 491. auch wird von einer Frauensperson, welche Eigenthümerin einer Handlung ist, so lange angenommen, daß sie dieser Handlung selbst vorstehe, bis von ihr ein Disponent bestellt, und die Procura gehörig bekannt gemacht worden. §. 495. Ist eine Frauensperson mit ihrem Ehemann oder einem Dritten in

Societätshandel getreten, so hat sie die Rechte und Verbindlichkeiten einer Kaufmannschaft treibenden Frau nur dann, wenn zugleich bekannt gemacht und verabredet worden, daß sie der Handlung vorsteht. §. 496. Die Ehefrau eines Kaufmanns, welche dem Manne in seinen Geschäften blos hülfreiche Hand leistet, ist selbst an Orten, wo Gemeinschaft der Güter unter ihnen obwaltet, für eine Kaufmannschaft treibende Frauensperson noch nicht zu achten. (Bielitz Comment. z. pr. LR. Th. 6. S. 316., Schuncken Pr. HR. Th. I. S. 39.)

Code de Commerce art. 4. La femme ne peut être marchande publique sans le consentiment de son mari. art. 5. La femme, si elle est marchande publique, peut sans l'autorisation de son mari, n'obliger pour ce qui concerne son négoce, et au dit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. art. 7. Les femmes marchandes publiques peuvent également engager, hypothèques et aliéner leurs meubles. Code Napoléon art. 220. Elle n'est pas reputée marchande publique, si elle ne fait que detailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé. (Pardessus cours. I. p. 86—90.).

Badner Landrecht art. 220. Anhang v. Handelsgesetzen art. 4. 5. 7. (Brauer Erläutr. Th. IV. S. 365.). Wegen Augsburg Huber Statutenrecht S. 21.

§. 749. b) (M. §. 482.)

Das römische und ältere deutsche Recht kann bei Entscheidung der Frage, welche Frauensperson eine Handelsfrau ist? nicht zur Anwendung kommen.

Es sind zwar Einige, als Wernher (T. II. Part. IX. obs. 110.), und Scheerer (ehel. Gütergemeinschaft Th. II. S. 369.) der Meinung, daß, wenn die Landesgesetze wegen der Handelsfrauen nichts bestimmt haben, die Bestimmungen des römischen Rechts eintreten, und sonach eine handelnde Frauensperson auf die ihr zukommenden Rechtswohlthaten Ansprüche zu machen befugt sei.

Allein diese Meinung wird mit Recht von Andern, als Bender (a. a. O. S. 95.), verworfen. Denn von Handelsfrauen kommt im römischen Recht nichts vor, dies erklärt sich theils aus der Unbedeutenheit des ganzen römischen Handels, dann aus den besondern Verhältnissen der Frauen bei den Römern. Den besten Beweis, daß es bei den Römern keine Handelsfrauen gegeben hat, kann daraus hergeleitet werden, daß es ihnen untersagt war, sich den Geschäften der argentarii zu unterziehn (L. 12. D. de edendo; Spangenberg hist. foem. rom. civil. spec. Goett. 1806.). Hieraus läßt sich schließen, daß denselben überhaupt verboten war, kaufmännische oder ähnliche Geschäfte zu treiben.

Auch in den altdeutschen Volksrechten findet man keine Spur von diesem Verhältniß. Denn wenn es in der Lex Ripuar. tit.

37. n. 12. heißt: de omni re, quam simul conlaboraverint (nämlich Mann und Weib), so ist hier nicht von Handel die Rede; eben so lassen sich die Worte der Lex. Saxon. tit. 9. de eo quod vir et mulier simul conquisierint, hierauf beziehn, die Worte der Capitularen Lib. I. c. 146. ut presbyteri per parochias suas feminis praedicent, ut linteamina altaribus praeparent, deuten nicht auf den Handel mit diesen Stoffen, sondern auf die Verpflichtung, sie unentgeldlich an die Kirchen, Klöster u. s. w. zu liefern.

§. 749 c). (M. §. 482.)

Die Frau, welche die Handlung durch einen Factor betreibt, ist keine Handelsfrau.

Wenn ein Weib Eigenthümerin der Handlung ist, und solche durch einen bekannt gemachten Handelsvorsteher (Factor) führen läßt, so muß sie zwar für die vollmachtsgerechten Handlungen des Factors mit ihrem ganzen Vermögen haften, ist aber für ihre Person nicht als Handelsfrau zu betrachten. Wenn daher an diesem Ort die cura sexus eingeführt ist, und sie ohne Zuziehung desselben Geschäfte abschloß, so sind solche ungültig, und zwar darum, weil sie keine Handelsfrau ist, denn hierzu gehört, daß sie selbst auf eigne Rechnung die Handlung betreibt. Wenn die förmliche Erklärung vor dem Magistrat nach den Gesetzen erfordert wird (wie nach Lübischen Statut. II. tit. 1. art. 14.), diese aber nicht erfolgt ist, so kann sie nicht als Handelsfrau angesehen werden.

Hiermit stimmen überein Martens (a. a. O. §. 12.), Bender (a. a. O. S. 95.), Pöhls (a. a. O. S. 64.), s. n. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 491. 492., das Gegentheil nimmt an Mevius (ad ius lub. Lib. III. tit. 6. art. II. n. 32. 33.).

§. 750 a). (M. §. 482.)

Die Eigenschaft einer Handelsfrau läßt sich nicht vermuthen, wenn diese aber außer Zweifel ist, so ist bei allen Handlungen, in sofern die Natur derselben dies zuläßt, zu vermuthen, daß sie als Handelsfrau solche unternommen habe.

Die Eigenschaft, daß die Frau eine Handelsfrau sei, ist eine besondere, welche nothwendig nachgewiesen werden muß, eben darum, weil sie eine besondere ist. Wenn aber diese Eigenschaft erwiesen ist, so ist freilich zu vermuthen, daß sie als Handelsfrau Handlungen, welche ihrer Natur nach dies zulassen, unternommen

habe. Denn dies ist schon darum anzunehmen, weil eine jedesmalige Erklärung, in welcher Eigenschaft sie diese oder jene Handlung vornehme, unmöglich ist; dann ist den Mißbräuchen und Betrügereien vorzubeugen. Nur versteht es sich von selbst, daß die auszulegende Handlung diese Auslegung zuläßt.

Hiermit stimmen überein Mevius (a. a. O. n. 30. 31.), Martens (a. a. O. §. 12.), Pöhls (a. a. O. S. 63.), s. a. Pr. LR. a. a. O. §. 490. Das Gegentheil nimmt Bender (a. a. O. S. 94.) an.

§. 750 b). (M. §. 482.)

Es ist die Vermuthung, daß eine Handelsfrau das Geschäft als solche vollzogen habe.

1) Wenn ein Weib als Handelsfrau zu betrachten ist, so hat sie ihre bevorzugte Eigenschaft als Weib verloren, ihre Eigenschaft als Handelsfrau macht die Regel aus; 2) würde, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, Unsicherheit in Handelsgeschäften entstehn; 3) das Weib ist aus der ursprünglichen natürlichen Bestimmung ihres Geschlechts herausgetreten, und hat sich einem eigentlichen männlichen Geschäft unterzogen.

Hiermit stimmen überein, Mevius (a. a. O. n. 30. 31.), Voet (ad Pand. T. I. lib. 16. tit. 1. §. 11.), Leyser (sp. 171. n. 4. 5.), Gmelin (de oblig. uxor. ad solv. deb. mariti §. 34.), Schröter (Abhandl. aus dem d. R. Th. I. S. 25.), Martens (HR. §. 12.), s. a. Pr. LR. a. a. O. §. 490.; der entgegengesetzten Meinung sind: Danz (Handbuch des d. PR. Th. 3. §. 292.), Bender (a. a. O. S. 94.), Pöhls (a. a. O. S. 63.), Mittermaier (a. a. O. n. VI.).

§. 750. c) (M. §. 482.)

Der Mann einer Handelsfrau wird, wenn sie die Handlung blos betreibt, durch sie der Regel nach, wenn nicht Gütergemeinschaft unter denselben Statt hat, nicht verpflichtet.

Einige, als Riccius (Exercit. iur. camb. N. V. Sect. II. §. 18.), Wernher (Observ. T. II. P. 9. obs. 236.), Berger (Oec. iur. Lib. I. tit. III. th. 8. n. 5.), Henning (Rechte und Verlust d. Vermögens d. Frau bei erfolgter Scheidung §. 27.), Bender (a. a. O. §. 39.) sind der Meinung, daß der Mann einer Frau, die Handel treibt, auch dann nicht verbindlich werde,

wenn Gütergemeinschaft unter den Eheleuten Statt hat; nur beschränkt Bender (a. a. O.) dies in so fern, daß, wenn jemand eine Handelsfrau eheliche, dann anzunehmen sei, er willige in die Fortdauer der Handlung, so bald das Gegentheil nicht bestimmt sei. Dagegen nehmen Andere, Goslar (Handbuch gemeinnütziger Rechtswahrheiten S. 607.), Pöhls (a. a. O. S. 69.) das Gegentheil an, womit auch das Pr. LR. Th. II. tit. 1. §. 335. und der Code de Commerce art. 5. übereinstimmen. Es ist Folgendes zu unterscheiden:

1) Bei Eingehung der Ehe, oder bei Etablirung der Handlung wurde bekannt gemacht, daß die Frau das Geschäft mit ihrem Vermögen fortsetze oder führen wolle, so tritt hier das Nämliche ein, wie bei einem Kaufmann, der durch ein Circular bekannt macht, er handle mit einem gewissen Kapital. So wie nun hier ein jeder, der Geschäfte mit ihm macht, diesem Kapital creditirt, und da er die ihm gesetzte Bedingung durch stillschweigende Anerkennung genehmigt, sich bei etwaiger Insolvenz damit begnügen muß, wenn er über das Kapital die nöthigen Nachweisungen erhält, so ist es das Nämliche bei der Handelsfrau. Wer sich mit ihr in Geschäfte einläßt, creditirt ihr persönlich. Der Mann ist außer aller Verbindlichkeit und haftet für nichts.

2) Ist die Bekanntmachung aber unterblieben, da bei Eingehung der Ehe die Handlung fortgesetzt wurde, so ist auf Folgendes Rücksicht zu nehmen:

a) Existirt Gütergemeinschaft unter den Eheleuten, so ist der Mann verbunden, für die Schulden der Frau zu haften, indem 1) er zu dem Geschäft seine Zustimmung gegeben hat, 2) kein Grund vorhanden ist, weshalb hier von der allgemeinen Regel der Gütergemeinschaft eine Ausnahme gemacht werden soll. Die particuläre, nur die Errungenschaft umfassende Gütergemeinschaft kommt hier nicht in Betracht.

b) Ist keine Gütergemeinschaft vorhanden,

1) indem sie nach den Localgesetzen nicht Statt hat, so ist der Mann zu nichts verbunden, wenn er nicht zur Contrahirung einer Schuld seine Einwilligung gab. Setzt sie die Handlung unter der vorigen Firma fort, so ist es eben so, als wenn sie die Handlung schon vor ihrer Verheirathung gehabt hätte; übernahm sie erst nachher die Handlung, und zwar mit Einwilligung ihres Mannes (Code de Comm. art. 4. 5.), und machte dieser öffentlich bekannt,

daß er keinen Antheil an diesen Geschäften habe, so haftet er den Gläubigern nicht, unterließ er diese Anzeige zu machen, so haftet er für die Schulden seiner Frau, so wie das gemeine Recht solches vorschreibt.

2) Ist sie zwar gesetzlich vorhanden, aber von den Eheleuten durch Vertrag aufgehoben, so kommt es darauf an, ob die Aufhebung öffentlich bekannt gemacht ist, und zugleich, daß der Mann keinen Antheil an der Handlung habe, so ist er den Gläubigern der Frau nicht verhaftet, wohl aber im entgegengesetzten Fall. Die Bekanntmachung muß gerichtlich erfolgen, und befindet sich daselbst eine Börse, muß sie daselbst angeschlagen werden.

§. 751. (M. §. 482.)

Eine Handelsfrau ist aus der übernommenen Bürgschaft verpflichtet.

Die meisten Rechtsgelehrten, als Mevius (ad ius lubec. Lib. I. tit. 10. art. I. n. 77.), Voet (Comm. ad D. tit. de SC. Vellei. §. 11.), Stryck (usus mod. tit. de SC. V. §. 1.), Heineccius (ad Dig. tit. SC. Vellei. §. 207.), Gail (Observ. II. obs. 90. n. 5.), Leyser (spec. 171. med. 4. 5.), Danz (Handb. B. III. §. 292.), Bender (HR. §. 38. n. 5.) sind der Meinung, daß die Handelsfrau aus Bürgschaften nicht verbunden werde, wenn sie keine Handelsgeschäfte betreffen. Einige unterscheiden, ob die Bürgschaft sich auf den Mann oder auf einen Andern beziehe, und wollen im erstern Fall die Frau verbindlich halten, wenn sie sich mit dem Mann zugleich, der ein Kaufmann ist, verbürgt hat, sonst aber, so wie im letztern Falle, nicht; als Mevius (Decis. P. VIII. §. 453.), Deinlin (Diss. de vera indole Vellei. ad uxorem mercatricem pro marito mercatore interced. Alt. 1751. §. XIII. u. f. f.). Noch Andere sind der Meinung, daß in allen Fällen die Bürgschaft der Handelsfrau verbindlich sei, wenn sie wirklich eine Kauffrau ist. Ludewig (Diss. de SC. Vellei. exule Diff. VII.), J. S. F. Böhmer (rechtl. Untersuchung der Frage: ob und in wie weit eine Weibsperson, so eine Handlung treibt, aus ihrer Bürgschaft verbunden sei oder nicht; in Hallischen Anzeigen v. 1747. Nr. 10. u. Schott jurist. Wochenblatt Th. 3. n. XXIX.), Selchow (Elem. iur. germ. §. 75. [195.] p. 89.). Diese letztere Meinung ist die richtigere. Denn

1) kann das römische Recht auf eine Handelsfrau nicht angewandt werden (§. 749. b.).

2) Eine Handelsfrau hat alle Rechte, aber auch alle Verbindlichkeiten eines Kaufmanns, indem sie ein männliches Geschäft betreibt, und kann sonach auf ihre weibliche Rechtswohlthaten sich nicht berufen. Stellt sie einen Wechsel aus, so fällt das SC. Vellei. weg (s. §. 371.).

3) Der von den meisten Rechtsgelehrten gemachte Unterschied zwischen Handels- und andern Geschäften ist ungegründet; er beruht darauf, daß das SC. Vellei. wegen der Vergünstigung des Handels favore commerciorum keine Anwendung finden könne. Allein dies kann blos als ein Nebengrund gelten. Der Grund des SC. Vellei. liegt vorzüglich in der Schwäche des weiblichen Geschlechts, wie Paulus (L. 2. §. 2. 3. D. ad SC. Vellei.) anführt. Diese kann bei einer handeltreibenden Frau nicht angenommen werden, sie hat Erfahrungen genug in bürgerlichen Angelegenheiten, und würde sich eines Betrugs schuldig machen, wenn sie sich auf das SC. Vellei. berufen wollte. Das römische Recht schließt aber alle diejenigen Weiber, welche mit Betrug umgehn, von der Rechtswohlthat aus. Es verordnet, daß, wenn eine Frau wissentlich ihre Vorrechte, um einen Gläubiger in Schaden zu bringen, und mit dem Vorsatz, dereinst auf das SC. Vellei. zu provociren, sich verbürgt, dieser Rechtswohlthat unwürdig sei, und zur Befriedigung des Gläubigers angehalten werden könne.

4) Eine Verzichtsleistung auf ihre Rechtswohlthaten braucht nicht zu geschehn, indem ihr als Handelsfrau solche überhaupt nicht zukommen.

5) Der von Einigen gemachte Unterschied, ob die Handelsfrau für den Mann oder für einen Andern sich verbürgte, ist ganz ungegründet. Denn wenn gleich in Ansehung des SC. Vellei. und der Auth. Cod. si q. m. aut sive a me ein wichtiger Unterschied ist, so kann dieser hier nicht berücksichtigt werden, indem die Handelsfrau durch Uebernahme der Handlung diesen Rechtswohlthaten entsagte.

6) Würde, wenn man die entgegengesetzten Meinungen annehmen wollte, dadurch dem Betrug und der Hinterlist der Weg gebahnt werden.

§. 751. b) (M. §. 482.)

Die Frau eines Kaufmanns, der die Befugniß zum Handel verloren, kann die Handlung nicht fortsetzen.

Die Witwe eines Kaufmanns kann die Handlung fortsetzen, wenn nicht die Gesetze geradezu das Gegentheil bestimmen (Struv Iurisprud. opif. Lib. I. C. 6. p. 64.). Ob sie sich in die Kaufmannsinnung aufnehmen zu lassen verbunden sei, hängt von den besondern Gesetzen ab. Mevius (ad ius lubec. L. 3. tit. 6. art. 21. n. 43. 44.) bemerkt: si nemini suo nomine mercaturam exercere permittitur, nisi immatriculato, er müßte denn die Kaufmannschaft gewinnen, idem foeminae incumbet, haud tamen viduae, cuius maritus fuit mercator, quae tanquam imago viri eiusdem personam in viduitate etiam quoad privilegia, dignitatem et iura repraesentationis, sine nova immatriculatione aut adoptione in collegium mercatorum continuare potest a marito captam, nisi aliud moribus locorum ex iusta ratione introductum sit.

Wenn aber der Mann noch am Leben ist, und Schulden halber die Flucht ergriffen, oder Banquerout gemacht, oder durch unerlaubte Handlungen die Befugniß, Handelsgeschäfte zu betreiben, verloren hat, so entsteht die Frage: ob die Frau eine solche Handlung fortzusetzen berechtigt sei.

Die Gründe zur Bejahung der Frage reduciren sich auf folgende:

1) Es scheint einerlei zu sein, ob der Mann einen natürlichen oder bürgerlichen Tod erlitten hat, denn in beiden Fällen ist in Betracht der Nahrlosigkeit gewiß für die Frau eben der bedauernswürdige Zustand vorhanden.

2) An Orten, wo die eheliche Gütergemeinschaft eingeführt und eine Frau bei dem Concurse ihres Mannes sogar das Ihrige eingebüßt, würde dieselbe bei Annahme des Gegentheils doppelt unglücklich sein; denn nicht nur, daß ihr und ihren Kindern der Unterhalt entzogen wird, so verliert sie noch ihr Vermögen.

3) Es würde für die Frau, welche weder durch Verschwendung, noch auf irgend eine Art dazu beigetragen, daß ihr Mann in diese Lage versetzt worden, sehr hart sein, wenn man ihr die Fortsetzung der Handlung nicht gestatten wollte.

4) Die Frau würde als eine Unschuldige durch das Verbrechen des Mannes bestraft werden, welches doch gegen Billigkeit und Recht verstößt.

5) Wenn gleich die Gesetze auf den boshaften Banquerout den Verlust des Handelsrechts gesetzt haben, so würde doch dieser nur alsdann erfolgen können, wenn hierüber rechtlich erkannt worden; hat der Mann, ehe dieses Erkenntniß gefällt, die Flucht ergriffen, so ist der wirkliche Verlust des Handelsrechts nicht eingetreten, und sonach kann die Frau an der Fortsetzung der Handlung nicht gehindert werden.

Allein diese Gründe, meist nur Billigkeitsgründe, sind ganz hinfällig, und daher die verneinende Beantwortung der aufgeworfenen Frage die richtigere. Denn

1) kann der Schluß von einer Kaufmannswittwe auf eine Frau, deren Ehemann den Verlust des Handelsrechts auf irgend eine Art verwirkt hat, nur deshalb nicht füglich Statt finden, weil die erstere den Handel nur gleichsam im Namen ihres Mannes und vermöge eines von ihm erworbenen Rechts fortsetzt, hingegen in dem letzten Fall die Handlung völlig aufhört. Wird der Frau dennoch gestattet, den Handel fortzusetzen, so ist dies nicht als eine wahre Fortsetzung anzusehn, indem durch die unerlaubte Handlung des Mannes das Handelsrecht erloschen ist.

2) Kann das schuldlose Betragen der Frau in keinen Betracht kommen, denn in wie vielen Fällen müssen Weib und Kinder nicht durch die Schuld der Ehegatten und Väter leiden.

Nur in dem Falle, wenn der Handel als frei zu betrachten, wenn keine Person an diesem Orte privilegirt ist, würde der Frau der Handel zu gestatten sein, wenn auch der Mann das Handelsrecht verloren haben sollte. Hiermit stimmt überein Quistorp (rechtl. Bedenken Th. I. n. LXI.).

§. 752. (M. §. 483.)

Der Prinzipal haftet für alle Handlungen des Factors, so weit sie der Vollmacht gemäß unternommen sind.

Es sind zwar Einige, Strauch (**Diss. Iust. diss. XXII. n. 6.**), Schilter (**Prax. iur. rom. Exercit. XXVII. th. 42.**), Huber (**Praelectiones iur. civil. L. 14. tit. 3. §. 4.**), welche behaupten, daß der Prinzipal nur auf den Betrag des Waarenlagers hafte, und berufen sich auf die **L. 1. §. 20. D. de exerc.**

actione. Andere dagegen, als Bender (a. a. O. §. 45. n. 3. S. 109.), Pöhls (a. a. O. §. 38. S. 90.), Mittermaier (a. a. O.) sind der entgegengesetzten Meinung, und verpflichten den Factor unbedingt aus den Handlungen des Factors; diese Meinung gründet sich in der L. 5. §. 1. 2. de exerc. actione. Huber wundert sich darüber, daß die Gesetze zwischen dem magister navis und dem Factor einen Unterschied machen wollen, und sucht als Grund hierfür die Behauptung geltend zu machen, die Schiffsrheder werden in solidum verpflichtet, wegen des großen Nutzens des überseeischen Handels. Allein dies ist ganz unrichtig. Der Exercitor wird unmittelbar durch die dem Schiffer ertheilte Vollmacht verpflichtet, eben so wie der Prinzipal aus der dem Factor ertheilten; das Verhältniß ist in dieser Hinsicht ganz gleich. Die L. 1. §. 20. D. de exercit. act. kann hier gar nicht zur Anwendung kommen, sie spricht von einem besondern Fall, in welchem von einem Contract über eine bestimmte Waare die Rede ist.

§. 753. (M. §. 484.)

Der Handlungsdiener, der die Rechnung überbringt, ist auch zum Empfang des Geldes berechtigt.

Daß ein Factor berechtigt ist, in und außer dem Handelshause Gelder für verkaufte Waaren einzunehmen, Wechsel zu acceptiren, ist darum unbedenklich, weil er eine generelle Vollmacht hat, und zufolge derselben der Prinzipal in Rücksicht aller innerhalb seiner Procura unternommenen Handelsgeschäfte verbunden wird. Ganz anders verhält es sich aber mit einem Handelscommis, indem dieser seinen Herrn blos durch solche Handlungen verpflichtet, zu welchen er einen besondern Auftrag ausdrücklich oder stillschweigend erhalten hat. (Archiv f. d. Handelsrecht. Hamburg 1820. B. 2. N. 26.) Ob nun aber daraus, daß der Commis die Rechnung überbringt, ein solcher stillschweigender Auftrag anzunehmen sei, ist streitig. Bender (a. a. O. §. 53. S. 127.) nimmt darum das Gegentheil an, weil die Einhändigung der Rechnung durchaus kein sicheres Zeichen sei, daß der Commis auch zum Empfang des Geldes berechtigt sein solle, es könne ihm daher mit voller Sicherheit nicht bezahlt werden, wenn nicht besondere Umstände jenen Auftrag allem Zweifel entheben, z. B. der Herr bemerke seinen Abnehmern mündlich oder schriftlich ein für allemal, an diesen Menschen könne mit Sicherheit Zahlung geleistet werden,

oder wenn er den Schuldnern schon aus frühern Zeiten persönlich bekannt sei.

Allein mit Recht wird die entgegengesetzte Meinung vertheidigt von Martens (HR. §. 29.), Beillodter (HR. S. 196. §. 8.), im Archiv (a. a. O. S. 514. not. *), Mittermaier (a. a. O.). Denn

1) geschieht die Ueberlieferung der Rechnung in der Absicht, um den Schuldner zu mahnen und zur Zahlung zu veranlassen; zahlt er nun sogleich, und läßt er sich von dem Handelscommis quittiren, so kann der Prinzipal sich nur an seinen Commis und nicht an den Schuldner halten, wenn etwa jener die Gelder veruntreut haben sollte, indem dadurch, daß der Prinzipal die Rechnung seinem Handelsdiener einhändigte, ihm stillschweigend den Auftrag ertheilte, die Gelder zu erheben. Ist die Rechnung von dem Prinzipal quittirt, so ist es ganz unbedenklich, daß die Zahlung darauf erfolgen kann. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 550., wo es heißt: „Außer dem Laden oder Gewölbe kann an sie (nämlich Handelsdiener) nur in so fern sicher bezahlt werden, als sie die Waaren, wofür die Zahlung erfolgte, oder die mit Quittungen versehenen Wechsel, Assignationen, Rechnungen und andere Schuldscheine überbracht haben.“ Hierzu kommt noch,

2) daß nach dem römischen Recht (L. II. §. 2. 3. 4. D. de inst. act., Leyser Medit. sp. 178. med. 5., Müller Observ. 374.) der Praeponens für den dolus seines Institor selbst dann haftet, wenn der Letztere die nicht öffentlich bekannt gemachten Beschränkungen eines gegebenen Mandats überschritten hat. Hiernach würde sonach der Prinzipal, wenn er vorschützen wollte, daß er seinem Commis die Rechnung blos zur Ueberbringung, nicht aber in der Absicht übergeben habe, um Geld zu erhalten, nicht gehört werden können.

§. 754. (M. §. 485.)

Der Mäkler kann außer seinem Mäklergeschäft noch ein anderes Geschäft betreiben, wenn nur solches mit dem Mäklergeschäft in keine Collision kommt.

Es giebt sehr viele Arten der Mäkler, Waaren-, Geld-, Wechsel-, Assecuranz-, Schiffs-Mäkler. Betreibt er die Mäklergeschäfte für einen Zweig, z. B. Waaren, so wird er dadurch nicht gehindert, ein anderes Geschäft für eigne Rechnung zu be-

treiben, wozu andere als Mäkler bestellt sind, wenn nicht in den Gesetzen das Gegentheil bestimmt ist. Mittermaier (a. a. O. not. 3.), s. a. Niederl. Handelsgesetzb. B. I. tit. 4. art. 7. Doch ist solches bestritten, indem Einige, als Bender (a. a. O. S. 141.), der Meinung sind, daß er nur Mäklergeschäfte treiben könne, keine Handelsgeschäfte, noch andere, als Gastwirthschaft, Wein-, Kaffee-, Branntwein-, Bierschank. Hiermit stimmt auch das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1322—1327. überein. Andere schließen ihn von Betreibung der Handelsgeschäfte blos aus. Pöhls (a. a. O. §. 55. S. 125.), womit auch der Code de Commerce art. 35. übereinstimmt. Als Grund der Beschränkung blos auf Handelsgeschäft führt Pöhls an: Der Zweck des Verbots sei, daß der Mäkler sich nicht durch ein eignes Interesse verleiten lasse, den Kaufmann zu benachtheiligen, sonach könne es blos auf Handelsgeschäfte um so mehr bezogen werden, als in denselben eine Beschränkung der natürlichen Rechte liege, die nie auszudehnen sei [r]).

r) Ueber Mäkler s. Trumer auserwählte Aufsätze zum Handelsrecht. Hamb. 1824. Brinckmann Wissenschaft prakt. Rechtskunde. Kiel 1. B. 1831. n. 27.

§. 755. (M. §. 486. n. 1.)

Der Befrachter, der durch einen Zufall gehindert wird, die Befrachtung zu bewirken, ist, wenn der ganze Wagen gemiethet ist (en bloc), dem Fuhrmann den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen verbunden.

Der Grundsatz, daß, wenn ein Zufall den Contrahenten verhindert, den Contract zu erfüllen, er nicht verpflichtet sei, den Schaden zu ersetzen, wenn nicht eine culpa dazwischen liegt, oder er den Zufall übernommen hat, ist zwar im Allgemeinen in den Gesetzen [s]) angenommen (L. 23. D. de div. reg. iur. L. 33. 82. §. 1. 91. §. 3. D. de V. O.), allein in speciellen Fällen leidet er doch einige Beschränkungen.

Locré (Esprit du Code de commerce. Par. 1810. III. 204. 207. 208. 265.) ist der Meinung, daß der Befrachter zu nichts Weiterem verbunden sei, als zur Vergütung der bereits aufgelaufenen Kosten und des bereits verdienten Frachtlohns. Allein so gewiß es ist, daß der Contrahent, der durch Zufall gehindert wird, von seiner Verbindlichkeit frei und der Vertrag aufgehoben

wird, und sonach der Frachtcontract sich auflöst, wenn der Fuhrmann durch unvermeidlichen Zufall verhindert wird, die Waaren zu laden, eben so unbezweifelt ist es auch, daß ein nicht den bestimmten Gegenstand des Vertrags betreffendes Hinderniß einzig und allein einen Nachtheil für den Contrahenten, in dessen Person es sich ereignet, hervorbringt, er sonach von seiner übernommenen Verpflichtung oder einer statt derselben zu leistenden Entschädigung nicht entledigt wird, weder dann, wenn die von ihm zur Erfüllung einer generellen Verbindlichkeit einseitig bestimmten oder ausgewählten speciellen Gegenstände durch Zufall vernichtet werden, noch auch dann, wenn die eingetretenen Umstände ihn verhindern, von der Leistung seines Mitcontrahenten Gebrauch zu machen.

Daher ist, um richtig zu entscheiden, folgender Unterschied zu beobachten: Ist der Frachtcontract auf die Miethung des ganzen Wagens (en bloc) gerichtet, und wird der Befrachter durch Zufall gehindert, die Waaren zu liefern, so ist er dennoch verbunden, die accordirte Fracht zu bezahlen, denn der Befrachter hat zur Folge des Contracts das Frachtgeld zu entrichten, die Entrichtung desselben wird durch den eingetretenen Umstand nicht unmöglich gemacht, vielmehr hindert derselbe blos von dem gemietheten Wagen Gebrauch zu machen, und diesen Zufall hat er nach obigem Princip allein zu tragen, und kann daraus nicht einen Einwand gegen den contractlichen Anspruch des Fuhrmanns auf die Fracht entlehnen (**L. 61. §. 1. D. locat.**). Ist dagegen der Frachtcontract auf die Befrachtung einzelner Stücke (en cueillette) gerichtet, so fällt in dem Falle, wenn ein Zufall in der Person des Befrachters sich ereignet, die Verbindlichkeit zur Bezahlung der Fracht weg: denn hier besteht das, was der Befrachter zunächst zu leisten hat, in Hingabe der Waaren an den Fuhrmann, um solche an den Bestimmungsort zu führen, wenn aber der Gegenstand der Leistung von dem Unfall getroffen wird, so wird der Contrahent von seiner Verbindlichkeit ohne weiteres entledigt (**L. ult. D. de leg. Rhod.**).

Hiermit stimmt wegen der allgemeinen Grundsätze Hasse (über culpa d. r. R. S. 83.), wegen der besondern überein: Heise und Cropp (jurist. Abh. B. II. n. 18. von Fautfracht und Liegetäge.).

a) Pr. LR. Th. I. tit. V. §. 364. Entsteht die Unmöglichkeit, den geschlossenen Vertrag zu erfüllen, durch einen Zufall oder durch unabwend-

bare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen. **Cod. Napoléon art. 1148.** Il n'y a lieu à aucuns dommages et interêts, lorsque par suite d'une force maieure ou d'un cas fortuit, le debiteur a été empeché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou à faire ce qui lui était interdit.

§. 755. a) (M. §. 486. n. 2.)

Wenn der Fuhrmann den Wirth in Anspruch nimmt wegen Erstattung des Werths der Sachen, welche ihm im Wirthshause weggekommen, so ist jener nicht unbedingt zum Erfüllungseid zu lassen.

Wenn ein Fuhrmann gegen einen Wirth, in dessen Wirthshause ihm seine Waaren weggekommen sind, wegen Erstattung des Werths derselben in Anspruch nimmt, die Größe des Werths aber nicht auszumitteln ist, so sind Einige, als Marquard, Wernher und Hellfeld (iurisp. for. §. 491.) der Meinung, daß der Fuhrmann zum Erfüllungseid zu lassen sei, allein im Allgemeinen ist darum diese Meinung zu verwerfen, weil durch den Frachtbrief der Beweis geführt werden kann, womit übereinstimmt Münter (Frachtfahrrecht Th. II. S. 28.).

§. 754. b) (M. §. 485. n. 2.)

Der Mäkler ist zur größten Verschwiegenheit des ihm Anvertrauten verbunden, doch geht diese Verpflichtung nicht so weit, gesetzwidrige, höchst strafbare Handlungen zu unterdrücken.

Die Mäklerordnungen, so wie besondere Gesetze, verpflichten den Mäkler zur großen Verschwiegenheit der ihm anvertrauten Geschäfte. Das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1349. bestimmt, daß jeder Mäkler die ihm anvertrauten Geheimnisse treulich bewahren soll, und wenn er dieser Pflicht zuwider handeln werde, allen daraus entstandenen Schaden vertreten, und im Wiederholungsfalle noch außerdem seines Dienstes entsetzt werden soll.

Allein diese Verbindlichkeit geht nicht so weit, daß er, wenn er bei Abschließung des Vertrags einen Wucher bemerkt, oder Handlungen, welche den Zoll- und Steuergesetzen entgegen sind, oder der Gesundheits- oder Sicherheitspolizei zuwider laufen, die Anzeige derselben unterdrücken müsse. Seine Pflicht ist es, zuerst die Partheien zu warnen, sich keine Verantwortung und Strafe zuzuziehn; bemerkt er aber, daß diese Warnung fruchtlos ist, so kann er alsdann der Obrigkeit hiervon Anzeige machen, welche aber verbunden ist, seinen Namen zu verschweigen. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1350. 1351., Frankfurter Mäklerord. §. 9. n. 1.

Das Gegentheil nimmt Pöhls (a. a. O. S. 127.) an, indem er bemerkt, daß zwar ein jeder verbunden sei, Verbrechen und Vergehn, welche gegen den Staat gehn, anzuzeigen, doch könne dies blos auf solche Verbrechen bezogen werden, die die Sicherheit des Staats als solchen gefährden, dann könne man einem Mäkler nicht zumuthen, sich selbst in seiner Geschäftsthätigkeit zu beschränken, was doch offenbar der Fall sein würde, wenn der Kaufmann nicht auf Verschwiegenheit des zugezogenen Mäklers mit großer Sicherheit rechnen könnte. Allein diese Gründe sind unzureichend, wie vorher gezeigt ist. Was insbesondere den letztern anbetrifft, so tritt er alsdann nicht ein, wenn die Obrigkeit verpflichtet ist, den Namen des Anzeigers oder Denuncianten zu unterdrücken.

§. 754. c) (M. §. 485. n. IV.)

Wenn das Geschäft nicht zu Stande kommt, so kann er kein Mäklerlohn (courtage, senserio) verlangen.

Das Geschäft, welches mittelst eines Mäklers abgeschlossen worden, ist alsdann vollendet, wenn der Mäkler jedem der Contrahenten einen genauen Auszug aus seinem Tagebuch über das Handelsgeschäft eigenhändig unterschrieben übergeben und dieser von beiden ohne Weigerung angenommen worden, oder mit andern Worten, das Geschäft ist abgeschlossen, wenn der Schlußzettel übergeben ist. Bevor nun das Geschäft auf solche Art nicht zu Stande gekommen, kann auch der Mäkler keine Courtage fordern, indem diese ja als eine Belohnung für ein vermitteltes Geschäft zu betrachten ist. Hiermit stimmen überein Pöhls (a. a. O. S. 119.), Mittermaier (a. a. O.). Das Gegentheil nimmt an Bender (a. a. O. S. 150. d.), s. a. Phoonsen Amsterd. Wechselg. IV. §. 13.

§. 754. d)

Der Schiffsmäkler ist zur sorgfältigen Erfüllung seiner Pflichten nicht allein dem Schiffer, welcher ihm den Auftrag gegeben, sondern überhaupt jedem Ladungsinteressenten verhaftet, und er kann wegen jeder Fahrlässigkeit aus der lege aquilia in Anspruch genommen werden.

Gegen diesen angegebenen Grundsatz kann angeführt werden, daß die Lex aquilia nur da nach dem römischen Recht Statt findet, wo ein Begehungsfehler (culpa in faciendo) vorhanden, nicht aber da, wo ein bloßer Unterlassungsfehler sich vorfindet, und wo

derselbe den Verderb oder die Entziehung einer körperlichen Sache zur Folge hat.

Allein da nach der Praxis die aquilianische Klage zur allgemeinen Schadensklage gehört, so ist es unbedenklich, daß sie hier ebenfalls anzuwenden ist. Archiv des HR. B. I. n. XVI.

§. 755 b). (M. §. 486. n. V.)

Die actio de recepto kann gegen Fuhrmannsleute nicht angewandt werden.

Die, welche der entgegengesetzten Meinung sind, als Lauterbach (colleg. theor. pract. Lib. III. tit. IX. §. 34.), Stryck (act. forens. Sec. I. membr. 9. §. 36.), Cocceji (Ius controv. Lib. IV. tit. IX. §. 3.), Pütter (Rechtsfälle B. 1. Th. 4. S. 990.), Pöhls (Handelsrecht §. 69.), Archiv d. HR. (B. II. S. 104.) unterstützen solche durch folgende Gründe:

1) Das Fundament des Edicts: quia necesse est plerumque eorum fidem sequi ut res eorum custodiam committere (L. I. §. 1. D. naut. caup.) sei auf die Frachtfuhrleute passend;

2) was von Schiffern bestimmt sei, passe auch auf die Frachtfuhrleute, so wie sich dies deutlich aus der L. I. §. 1. D. de vi et vi armat. ergebe.

3) Die Fuhrleute wären artis periti, so wie die nautae, sonach könnten sie auch wie diese behandelt werden;

4) Das Edict gehe nicht blos auf die nautae, sondern auch stabularii, und nach Labeo und Ulpian sei solches auch auf die Schiffsflosser (lintrum et ratium exercitatores) anzuwenden, sonach auf Andere, als im Edict Erwähnte, warum solle es nicht auch auf Frachtfuhrleute bezogen werden können?

Der richtigen Meinung sind aber folgende, als Harpprecht (actio utilis ex recepto utrum contra Rhedarum meritoriam §. 3. n. 3.), Philippi (de rhed. merit. C. 4. §. 5.), ICti. Tubing. T. VI. cons. 47. n. 17., Wernher (P. IX. obs. 229.), Struben (rechtl. Bedenken B. 1. n. 61. S. 130.), Walch (Introductio in contr. iur. civil. p. 744.), v. Kreitmeier (Anmerk. z. Cod. Maximil. Th. 4. K. 13. §. 10.), Entscheidung der preuß. Gesetzcommission vom 25. Febr. 1783. (in Kleins Annalen B. 1. S. 81.), Weber (Anm. zu Höpfners Comment. §. 1084. n. 1.), Schweppe römisches Pri-

vatrecht §. 602.), v. Glück (Pandectencommentar B. VI. S. 133.). Ihre Gründe sind:

1) Da das Edict eine höchst nachtheilige Bestimmung enthält, kann es nicht ausdehnend erklärt und auf solche Personen bezogen werden, welche nicht namentlich angegeben sind. Denn wenn auch aus besondern Gründen das Edict auf die Postmeister und Landkutscher anzuwenden ist, so ist doch der Transport von Gütern durch die fahrende Post dem Frachtfuhrwesen zwar zu assimuliren, aber in Aufführung der rechtlichen Begünstigungen sind die darauf sich beziehenden Contracte den eigentlichen Frachtcontracten nicht gleich zu setzen.

2) Der Grund, warum die im Edict Erwähnten zum Schadenersatz verbunden werden, ist die Reception; hierzu ist **scientia** nothwendig, welche im Zweifel immer anzunehmen, weil ohne Wissen des Schiffers nicht leicht etwas in das Schiff gebracht werden kann; dies verhält sich aber bei den Fuhrleuten anders, weil **consensus** vorhanden sein muß.

3) Der Schiffer ist verbunden für jeden Schaden zu haften, mit Ausnahme desjenigen, der durch eine **vis maior** entstand (**L. 3. §. 1. D. nautae**); zu der **rei custodia** ist der Frachtfuhrmann nur dann verbunden, wenn er sie besonders übernahm.

4) Der Schiffer ist verbunden den Schaden zu ersetzen, er mag daran Schuld sein oder einer seiner Leute, oder auch ein jeder Andere. (**L. I. §. ult. D. nautae.**) Diese Bestimmung läßt sich auf Fuhrleute nicht anwenden. Aus dem Miethsvertrage, welcher mit ihm eingegangen wird, entspringt blos die Verbindlichkeit zur **praestatio culpae latae et levis** (**L. 5. §. 2. D. commod.**).

5) Wenn man die Frachtfuhrleute nach dem Edict behandeln wollte, so würde auch die **actio quasi ex debito in duplum** gegen sie statt haben, welches doch offenbar ungesetzlich gegen sie sein würde.

6) Die **actio utilis de recepto** kann darum nicht statt finden, weil die **actio utilis** immer ein Gesetz voraussetzt, welches den Fall erwähnt; dies ist aber hier nicht, auch kann ein **Quasi**-Contract nicht angenommen werden, weil eine **locatio** zu Grunde liegt.

7) Der Fuhrmann ist erst alsdann zum Schadenersatz verbunden, wenn eine **culpa levis aut lata** erwiesen ist, zum Schadenersatz ist der Schiffer aber überhaupt ohne dieses Beweises verbunden.

8) Ist der Fuhrmann zugleich Wirth, so ändert dies nichts, denn treibt er gleich Wirthschaft, so contrahirt der Befrachter doch mit ihm nicht als Wirth, sondern als Fuhrmann, und sonach kann er auch nicht von ihm verlangen, die gestohlenen oder beschädigten Waaren in natura wieder zu verschaffen, oder statt derselben ihren Werth nebst allen verursachten Kosten zu ersetzen, sondern er kann blos auf den Ersatz des erlittenen Schadens klagen, s. a. Zangen (was für eine Klage gegen den Fuhrmann statt finde, welchem die zum Transport und Ablieferung bedungenen Waaren weggekommen. Gießen, 1798.)

Diese letztere Meinung ist die richtigere. Die Gründe, welche diejenigen, die das Gegentheil vertheidigt haben, angeführt, sind sehr leicht zu widerlegen. Denn

ad 1. das Fundament des Edicts ist offenbar unpassend auf die Fuhrleute, weil es von der Willkühr des Befrachters abhängt, ob er diesem oder jenem Fuhrmann den Transport seiner Waaren anvertrauen will;

ad 2. wenn gleich **iura singularia ob identitatem rationis** auf andere, als in dem Gesetz namhafte Personen, ihre Anwendung finden, (**Conradi de iure singulari §. 10.**) so ist doch zwischen Schiffern und Frachtfuhrleuten keine Gleichheit vorhanden. In einem Schiff oder in einem Wirthshaus kann, ohne Zuthun oder ohne große Fahrlässigkeit des Schiffers oder Wirths, nicht leicht ein Diebstahl statt haben, auch braucht jener blos für die Sachen zu stehn, welche in das Schiff wirklich gebracht sind. (**L. 7. D. nautae etc.**) Ganz anders verhält es sich aber bei einem Fuhrmann. Wie leicht kann hier auf der Reise ein Diebstahl erfolgen, etwas von dem Wagen weggenommen werden, denn es ist unmöglich, daß der Fuhrmann, wenn er auch noch so vorsichtig, dies beobachten kann, unter andern, wenn er durch Waldungen fährt, bei schlechtem Wege umgeworfen wird. Wenn auch, gleichwie ferner angegeben wird, die Reichspolizeiordnungen v. 1548 u. 1577. Schiffer und Fuhrleute gleich stellen, so folgt daraus noch nicht, daß sie nach diesen Gesetzen auch in Ansehung des Schadenersatzes gleichmäßig zu behandeln sind. Uebrigens ist hier von Anwendung des römischen Rechts die Rede.

ad 3. Wollte man diesen Grundsatz annehmen, so würde daraus zu viel folgen, nämlich: daß das Edict auf Jeden anwendbar sei, der **artis peritus** ist.

ad 4. Wenn gleich Labeo und Ulpian auch auf andere Personen dies Edict beziehn, so ist doch die Schlußfolge darum unrichtig, weil Fuhrleute in ganz andern Verhältnissen wie die angegebenen Personen stehen, und auch die Schiffsflößer eher, als die Fuhrleute, auf die zu transportirenden Sachen sehen können.

Anmerk. In Rücksicht der Landkutscher finden andere Grundsätze statt. Gründler Fuhrmannsrecht §. 84[a].

§. 755 c). (M. §. 486. n. V.)

Daß ein Fuhrmann blos zur praestatio culpae levis verbunden sei, ist im allgemeinen unrichtig.

Harpprecht (a. a. O. C. 2. §. 41.) nimmt an, daß ein Fuhrmann nur zur **praestatio culpae levis** verbunden sei. Der nämlichen Meinung ist Salander (a. a. O.), welcher jedoch in gewissen Fällen auch eine **culpa levissima**, so auch Fischer (a. a. O. §. 693.) annimmt. In d. a. Entscheidung der pr. Gesetzcommission ist der Grundsatz angenommen, daß der Fuhrmann in der Regel **culpam levem**, wenn es aber auf **artis peritiam** ankomme, und aus Mangel derselben ein Schade entstehe, **culpam levissimam** prästiren müsse.

Die richtige Meinung, welche zum Theil Bender (a. a. O. §. 70.) und Pöhls (a. a. O. S. 146.) angenommen haben, geht dahin: Bei der **locatio conductio** wird der Regel nach **culpa levis** vertreten (**arg. L. 45. §. 7. D. loc. cond.**), eine Ausnahme findet dann statt, wenn ein Geschäft **peritia** und **praecautio** erfordert, in welchen **culpa levissima** zu prästiren ist; es bleibt aber doch zweifelhaft, ob das in Hypothese vorhandene Geschäft, wo ein Fuhrmann blos einzelne Kisten und Fässer zum Transport übernimmt, zu diesen Geschäften zu zählen sei. Aus der **L. 25. §. 7. D. locati** scheint dies wirklich zu folgen, da die Leistung der **culpa levissima** ausdrücklich darauf eingeschränkt wird, wenn ein Schade erfolgt: **dum columen vel alia res aut tollitur aut praestatur aut reponitur**, welches mithin bei der Auf- und Abladung und Transportirung der Waare und auf eine hierbei zu Schulden gebrachte Fahrlässigkeit bezogen werden kann, nicht aber auf Bewahrung derselben gegen sonstige mögliche Zufälle. Denn die **peritia** und **praecautio** ist wohl blos auf erstere beschränkt, in Ansehung der letztern kann von einem Fuhrmann eine größere Aufmerksamkeit als von andern gefordert werden.

Es sind daher folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Der Fuhrmann verursacht einen Schaden bei der Auf- oder Abladung der Waare, durch unvorsichtiges Fahren, durch schlechte Verpackung der Waare u. s. w., dann muß er culpam levissimam vertreten: denn hier kommt artis peritia in Berücksichtigung, in andern Fällen braucht er blos eine culpa levis zu prästiren. Ausgenommen wenn er

a) für die Aufsicht der Waare eine besondere Belohnung erhält. (L. 40. loc. cond.)

b) Wenn er wissentlich Waaren übernimmt, bei deren Transport ihrer Natur und Beschaffenheit nach[t]), eine vorzügliche Sorgfalt und Aufsicht erfordert wird und durch Versäumung derselben ein Schade entsteht. (L. 25. §. 7. D. locati.)

c) Wenn gleich Harpprecht a. a. O. Cap. III. §. 4. n. 3. und Salander a. a. O. §. 12. das Gegentheil annehmen.

In diesen Fällen muß er culpam levissimam prästiren.

2) Wird der Schade durch seine Leute veranlaßt, so vertritt der Herr solche alsdann, wenn er wissentlich ganz unerfahrne, schlechte, liederliche Leute annahm, und diese sich eines geringen Versehns schuldig gemacht haben.

Diese richtige Meinung ist angenommen in dem Pr. LR. Th. II. tit. 8. §§. 2459. 2460. 2462., zum Theil in dem Cod. Napoléon art. 1782. und Code de Commerce art. 103. östERR. GB. §. 1316.

t) Transport des Pulvers, Pr. Reglement vom 6. Juni 1799.

§. 755 d). (M. §. 486. n. VI.)

Die querela laesionis enormis findet gegen den Fuhrmann dann nicht statt, wenn er in Kriegszeiten eine höhere Fracht erhalten, dennoch aber nicht in Gefahr gekommen ist.

Wenn, was häufig geschieht, in dem Falle einer bevorstehenden Gefahr, z. B. Kriegsgefahr, die Fracht sehr erhöht wird, die Gefahr aber nicht eintritt, so entsteht die Frage: ob der Befrachter oder der Empfänger der Waare das Frachtlohn aus diesem Grunde verkürzen, und sonach bei dem Anspruch des Fuhrmanns auf die Bezahlung der vollen Fracht die exceptio laesionis enormis vorschützen könne? Carpzov (Decis. C. 2. 34. D. 3. §. 6.), Richter (Dec. 99. n. 66. 147.) verneinen diese Frage, indem

1) es dem Fuhrmann gar nicht verdacht werden könne, in Kriegszeiten, wo eine Gefahr zu befürchten, eine höhere Fracht zu verlangen;

2) indem der, welcher wissentlich diese höhere Fracht bezahlt, die exceptio laesionis enormis nicht vorschützen könne, (L. I. §. 5. de iniur. L. 27. C. de evict. L. 9. inf. C. de act. emt.)

3) sei bei Verträgen auf die Zeit der Eingehung Rücksicht zu nehmen. (L. 4. 8. in f. C. de rei vind. L. 3. §. 5. de iur. fisci.)

Andere, als Harppredht (a. Disp. Cap. III. §. 28.), nehmen das Gegentheil darum an, indem man, wenn der Fuhrmann keinen Nachtheil gelitten, das erhöhte Frachtlohn nicht zu entrichten brauche, da der Grund, warum die Erhöhung erfolgte, weggefallen sei (arg. in f. de adim. leg. C. 9. X. de probat.).

Erstere Meinung ist darum anzunehmen, weil der Miethsvertrag in einen gewagten Vertrag ausartet und der Fuhrmann die Gefahr übernimmt, seinen Wagen und Pferde zu verlieren.

§. 756. (M. §. 486. n. V.)

Der Fuhrmann, der die ihm zum Transport anvertrauten Waaren unterschlägt, begeht keinen Diebstahl.

Denn 1) setzt der Diebstahl die Wegnahme einer beweglichen Sache aus dem Besitz eines Andern voraus, sonach ist kein Diebstahl vorhanden, wenn der Eigenthümer Jemanden in den Besitz der Sachen gesetzt hat, an welchen er die unerlaubte Handlung begeht.

2) Wenn es in der peinl. Gerichtsordnung Carl's V. art. 170. heißt: „Item, welcher mit eynes andern Gütern, die ihm an gutten Glauben zu behalten und verwaaren gegeben sind, williger und geweelicher weiß, den Glaubigern zu Schaden handelt, solch Missethat ist einem Diebstahl gleich zu strafen:“ so kann dies blos auf deponirte Sachen bezogen werden; und da der Gerichtsgebrauch überhaupt bei Bestrafung des Betrugs Beweise seiner Gelindigkeit giebt, so muß er auch hier dem Gesetz derogiren, um nicht inconsequent gleich strafbaren Betrug verschieden zu bestrafen. Wenn ein Fuhrmann die ihm anvertrauten Waaren ganz oder zum Theil unterschlägt, so ist er wegen des gemißbrauchten guten Glaubens und des daran Theil gehabten höhern Grades des Vorsatzes, nach gemeinem Recht härter als derjenige zu bestrafen,

der sich einer gemeinen Verfälschung oder Unterschlagung schuldig gemacht hat.

Hiermit stimmen überein Hommel (Rhaps. obs. 29.), Böhmer (Comm. in C. C. ad art. 170.), Koch (Inst. iur. criminal. §. 175. not. 2.), Quistorp (Gr. d. peinl. Rechts Th. I. §. 419.), Grollmann (Criminalrecht §. 324.).

Das Gegentheil nimmt Münter (Frachtfahrrecht S. 148.), doch nur in sofern an, wenn bloßer Gewinn die Entwendung veranlaßte; wenn er aber das ihm anvertraute Geld zum Ankauf eines Pferdes verwandte, indem das seine gefallen und er die Reise fortzusetzen außer Stande wäre, so sei kein Diebstahl anzunehmen.

Nach den Particulairgesetzen wird es bald als Diebstahl, bald als Unterschlagung betrachtet. Jenes ist im Lübischen Recht Lib. IV. tit. I. art. 7., Gothaischen Mandat v. 14. Nov. 1767., in der Lüneburger Verordn. v. 31. Dec. 1639. und 19. Febr. 1770., im Baierschen Strafgesetzbuch art. 231. u. 232., Pr. Gesetz v. 14. April 1824. (Gesetzsammlungen S. 79.) angenommen; dieses im Holsteinischen Mandat v. 1603. (Corp. const. holst. B. 1. Th. 3. S. 928. u. 929.).

Beillodter (Handelsrecht S. 227. §. 16.) bemerkt, daß wenn ein Fuhrmann hinlänglich überführt wird, daß er von einem ihm anvertrauten Gut etwas entwendet hat, er mit der Confiscation seines Vermögens und mit einer Zuchthausstrafe von 5—10 Jahren zu bestrafen sei.

§. 756 b). (M. §. 486. n. V.)

Der Fuhrmann kann in dringender Noth die Waaren verpfänden.

Im allgemeinen läßt sich dasjenige, was im Seerecht wegen der Rechte und Pflichten der Schiffer bestimmt ist, auch auf die Fuhrleute anwenden, Mittermaier (a. a. O. not. 2.), daß aber in Nothfällen der Schiffer die geladenen Sachen unterpfänden könne, ist anzunehmen, Martens (HR. §. 194.); sonach kann es auch der Fuhrmann, der in einem solchen Fall als negotiorum gestor des Befrachters zu betrachten ist.

Die meisten Rechtsgelehrten nehmen aber des Gegentheil an; indem 1) in den Reichsgesetzen die Verpfändung der anvertrauten Waaren verboten sei, (Reichs-Polizeiord. v. 1548. tit. 16. v. 1577. tit. 16. Reichsschluß v. 1670.) als Fischer (Cameral- und Polizeir. Th. III. §. 696.), s. a. Pr. LR. Th. I. tit. XX.

§. 378., östreich. Gesetzbuch §. 10. u. 31. 2) Weil der Fuhrmann nicht als Eigenthümer der Waare anzusehn, ein Nichteigenthümer aber, wenn er eine Verpfändung unternimmt, das volle Interesse des lucrum cessans und des damnum emergens zu leisten verbunden ist, (L. 4. D. quae res pign. vel hyp. dat. obl. non possunt, L. 6. C. si alien. res pig. dat. L. 15. §. 8. L. 33. D. loc. cond.) Salander (Recht der Fuhrleute, in welchem die Fuhrleute nach ihrer Art und Gebräuchen auf ihren Rechten vor und nach der Reise betrachtet werden. Augsb. 1745. S. 9. 12.). Diese erstere Meinung aber ist die richtigere.

Anmerk. Eine Verpfändung des Frachtbriefs würde dem Pfandgläubiger in sofern Sicherheit geben, weil der Fuhrmann ohne diesen das Frachtlohn von dem Empfänger nicht verlangen kann. Doch müßte zur Vorsicht der Pfandinhaber solchen an den Empfänger der Waaren übersenden, mit dem Auftrage, daß, was er auf die Frachtgelder dem Fuhrmann dargeliehen, in Abzug gebracht werde. Da der Frachtbrief aber auch zur Legitimation des Fuhrmanns dient, so müsse eine vidimirte Abschrift desselben eingehändigt werden, mit der Bemerkung, daß das Original verpfändet sei.

§. 756. c) (M. §. 486.)

Dem Darleiher, welcher zum Ankauf des Geschirrs und Wagens dem Fuhrmann Geld geliehn, steht kein stillschweigendes Pfandrecht an diesen Gegenständen zu.

In der L. 24. §. 1. D. de rebus auct. iud. poss. ist bestimmt, daß dem, welcher zur Wiederherstellung eines Gebäudes etwas dargeliehn, eine stillschweigende Hypothek zusteht. Nun wird dieses Gesetz von Mehrern, Bartolus (ad L. 5. D. q. p. in pig.), Leyser (Spec. 159. m. 1.), Anton Faber (coniunct. L. 8. c. 2.) ausgedehnt und auch auf ähnliche Fälle bezogen, insbesondere von dem letztern auf den Fall, wenn einem Schiffer zum Ankauf eines Schiffes etwas dargeliehn, indem dieser offenbar ein größeres Recht haben müsse als der, welcher zum Ankauf eines Gebäudes etwas vorgeschossen habe.

Allein mit Recht wird von Andern, Averanius (Interp. iur. Lib. II. c. 13.), Vinii (Sel. quaest. Lib. II. c. 4. p. 157.), Lauterbach (Diss. de pignor. §. 27.), Böhmer (Diss. de iure merced. opificum §. 13. in Elect. T. I.), Westphal (Pfandrecht S. 146.), Meißner (von stillschw. Pfandrechten

Th. II. §. 84. S. 214.), und was den speciellen Fall betrifft, von Philippi (de rhed. mercat. C. 1. §. 11.) und Harpprecht (a. a. O. §. 34.) das Gegentheil angenommen. Denn einmal ist die Rechtsanalogie ganz unpassend, dann kann durch Schlüsse aus derselben keine stillschweigende Hypothek eingeführt und erweitert werden. Wenn man sich ferner auf die L. 5. D. q. p. in pig. beruft, so beweist dieses Gesetz nicht das, wozu es zum Beweise gebraucht werden soll. Denn es bestimmt blos die Rangordnung bereits constituirter Hypotheken, nicht aber die Art ihrer Entstehung. Eben so spricht die Nov. 97. c. 3. blos von Vorzugsrechten solcher Hypothekargläubiger, deren Gelder in die Sache verwendet sind, schreibt denselben aber kein stillschweigendes Pfandrecht zu, dieses wird vielmehr den daselbst genannten Gläubigern in andern Gesetzen (L. 34. D. de reb. auct. iud. poss., L. 17. C. de pig. et hyp. N. 136. c. 3.) abgesprochen. Justinian setzt in der angeführten Novelle voraus, daß sich diese Gläubiger eine Hypothek haben bestellen lassen.

§. 756. d) (M. §. 486. n. VI.)

Den Fuhrleuten steht kein stillschweigendes Pfandrecht an den Gütern zu, welche ihnen zum Transport übergeben sind, wohl aber ein Retentionsrecht wegen der Fracht und Auslagen.

Daß den Fuhrleuten wegen der Fracht, Auslagen, Zölle, Spesen u. s. w. ein Retentionsrecht an den Waaren zusteht, die ihnen zum Transport übergeben sind, wenn nämlich die Erfordernisse des Retentionsrechts überhaupt vorhanden, ist unbestritten. (Fischer Cameral- und Polizeirecht §. 706., Pöhls Handelsrecht S. 151., Günther de exped. merc. p. 36.)

Bestritten aber ist die Frage, ob denselben ein stillschweigendes Pfandrecht wegen dieser Forderungen an den transportirten Gütern zustehe. Die, welche diese Frage bejahen, als Cujac (Recitationes sol. ad Lib. X. D. ad exhib.), Beuther (de iure prael. cred. P. I. c. 76.), Merlin (de pignor. L. 2. q. 67. n. 45.) unterstützen sie durch folgende Gründe:

1) Da die Fuhrleute auf die zu transportirenden Waaren große Sorgfalt bei Tag und Nacht verwenden müssen, sei es auch billig, sie wegen ihres Frachtlohns sicher zu stellen.

2) Da dem Staate durch das Frachtwesen große Vortheile zukämen, so müßte auch den Fuhrleuten ein gesetzliches Pfandrecht zustehn.

3) Der Wagen sei einem Schiffe ganz gleich, und so wie dem Schiffer nicht nur ein Retentionsrecht an den in das Schiff gebrachten Waaren wegen des Schiffslohns zustehe, sondern auch ein stillschweigendes Pfandrecht (**L. 6. §. 1. D. qu. pot. in pig. hab.**), so müsse auch den Fuhrleuten wegen Gleichheit des Grundes solches zustehn.

Allein aus bessern Gründen haben Andere, als Harpprecht (**de iure aurigarum cap. IV. §. 31.**), Pothier (**Pand. Inst. T. I. Lib. XX. tit. 4. n. 26.**), Faber (**Rational. in Pand. Lib. 10. tit. 4. ad exhib.**), Bach (**de iure pig. L. I. c. 4.**), Westphal (Pfandrecht §. 105. S. 159.), v. Glück (Erläut. d. P. Th. XI. S. 216.), Meißner (Darstellung d. stillschw. PR. Th. II. §. 27. S. 53.), das Gegentheil darum angenommen, weil kein Gesetz solches bestimmt, auch das Pfandrecht, welches dem Vermiether an den in die Miethe gebrachten Sachen wegen rückständigen Miethszinses zukommt, hierauf nicht zu beziehn sei, weil weder ein Schiff noch auch ein Wagen nach den Rechten eines **praedii urbani** zu beurtheilen sei. Auch könne aus den Worten der **L. 5. pr. ad exhibendum: „an quia pignus obtinet,“** nicht das Gegentheil angenommen werden, weil sie blos problematisch wären, und auch darum nicht zum Beweise dienen könnten, weil hier **pignus** so viel als **ius retentionis** bedeute.

Diese Meinung ist nun die richtige, doch wird in einigen Particulair-Gesetzen [u]) ein solches Pfandrecht den Fuhrleuten beigelegt.

u) Badensches Landrecht Th. 4. tit. 21. §. 5. **Code de Commerce art. 106.** Da, wo die stillschweigenden Hypotheken aufgehoben sind, als nach preußischem, baierischem und sächsischem Rechte, kann davon keine Rede sein.

§. 756. e) (M. §. 486. n. VII.)

Wenn der Fuhrmann die Waare abgeliefert hat, so kann er sich dennoch wegen der verlegten Spesen an den Empfänger der Waare halten.

Zur Bejahung der Frage, ob der Fuhrmann, der Spesen dem Spediteur bezahlte, bei Ablieferung der Waare solche von dem Empfänger nicht ersetzt bekam, sie dennoch nachzufordern berechtigt

sei, dienen folgende Gründe: Die Sache ist aus dem Gesichtspunct einer Cession zu betrachten, zur Gültigkeit einer Cession bedarf es aber weiter nichts als der Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretne Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und die Annahme der Erklärung von Seiten des Cessionars, wodurch das Eigenthum der Forderung auf ihn übergeht. Dies ist hier geschehn: der Fuhrmann hat dem Absender die Spesen bezahlt, und in dem Frachtbriefe sind solche erwähnt worden; nimmt nun der Adressat die Waaren an, so muß er nun auch den ganzen Inhalt des Frachtbriefs gelten lassen; der Absender kann, wenn er in Anspruch genommen wird, sich durch die Einrede schützen, warum hast du dich nicht an die Waare gehalten? Hiermit stimmen überein: Overbeck (Medit. B. VIII. S. 195.), Curtius (Sächs. Privatrecht B. IV. S. 161.), Pöhls (Handelsrecht S. 151.), Mittermaier (§. 499. n. VII.).

Dagegen sind Mehrere, als Glück (in seinen und Geigers Rechtsfällen B. III. n. 39. Lit. b.) und Bender (Handelsrecht §. 73.) der entgegensetzten Meinung: denn eine jede Cession müsse ausdrücklich und zwar in einer bestimmten Urkunde stipulirt sein. In diesem Falle aber sei ausdrücklich von keiner Cession die Rede, und wenn eine solche genannt sei, so dürfe sie nicht als kurze Notiz im Frachtbriefe stehn: dann aber ließe sich, abgesehn von dem Gesagten, eine Cession höchstens nur dann vertheidigen, wenn der Fuhrmann allemal Spesen ausgelegt, und nur unter dieser Bedingung hätte abfahren dürfen, allein er fahre ja blos um sich sein Brod zu verdienen; daß er Spesen verlegt, sei rein zufällig, meistentheils Gefälligkeit und wohl auch eigenes Interesse, um an dem Ankunftsort baares Geld leicht erheben zu können, die Gefahr des Verlustes auf der Reise zu meiden. Sein Hauptgeschäft sei beendigt, wenn die Fracht gehörig bedungen sei, und er könne dann abfahren, wenn er wolle; lächerlich sei es überdies, zu behaupten, daß der Absender ihn anhalten dürfe, indem er noch keine Spesen verlegt habe. Offenbar liege in der kurzen Notiz im Frachtbriefe eine höchst einfache Anweisung des Fuhrmanns an den Empfänger von Seiten des Absenders. Daß diese Ansicht aber die richtigere sei, unterliege darum keinem Zweifel, indem wohl kein Fuhrmann eine solche Gefahr leicht übernehmen werde. Er soll seine Auslagen von dem Empfänger zurück erhalten, wenn nun dieser es verweigert, so weise ja schon die Nothwendigkeit, sich an

den Absender zu halten; dieser sei verbunden, in solchen Fällen die ganze Vorlage nebst Unkosten und erweislichen Interessen vollständig zu erstatten, und könne sich, abgesehn von besondern Verabredungen, zwischen ihm und dem Fuhrmann auf keine Weise dagegen rechtlich schützen.

Allein die erste Meinung ist offenbar gegründeter, denn

1) bestimmen die römischen Gesetze nicht durchaus, daß die Cession schriftlich gemacht werde (Hellfeld iurisprud. for. §. 1018., s. a. Pr. LR. Th. I. tit. XI. §. 393.), und ist denn nicht ein schriftliches Bekenntniß in dem Frachtbrief enthalten?

2) läßt sich nicht behaupten, daß nur dann eine Cession anzunehmen sei, wenn der Fuhrmann jederzeit die Spesen verlegt habe: warum soll dies nicht auch in einem Vertrag stipulirt werden können.

3) Uebernimmt der Fuhrmann keine Gefahr, denn er kann sich an die Waare halten; hat er solche abgeliefert, ohne die Spesen von dem Empfänger zu verlangen, so ist das seine Schuld.

Uebrigens kann die Sache nicht aus dem Gesichtspunkt einer Assignation betrachtet werden, denn wollte man dies annehmen, so würde Benders Meinung vertheidigt werden können, weil, wenn der Assignat die Anweisung nicht annimmt, der Assignatar den Assignanten blos in Anspruch nehmen kann, da die Anweisung noch keine Zahlung begründet (Martens Handelsrecht §. 48.).

Es ist ganz rein aus dem Gesichtspunkt einer Cession zu betrachten, so wie nur nach geschehener Cession der Cessionar sich an den debitor cessus hält, und der Cedent, wenn die Forderung richtig ist, für weiter nichts zu stehn braucht (Hofacker princ. iur. civil. §. 1948. Schweppe römische RG. §. 400.); so ist es auch hier.

Doch ist in dem Fall der Weigerung des Adressaten, wenn der Fuhrmann gegen ihn klagend auftritt, nothwendig, den Absender zur Vertretung aufzufordern (s. a. Pr. LR. Th. I. tit. XI. §. 426.).

§. 757. (M. §. 486.)

Der Güterbestäder haftet für die Ablieferung der Waare nach allgemeinem Recht nicht.

Der Güterbestäder ist im Allgemeinen wie ein Mäkler anzusehn, der für die Ausmittlung eines sichern Fuhrmanns sorgt, im

Verhältniß zum Absender der Waaren finden die Grundsätze der Locatio conductio operarum Anwendung. Sein Geschäft ist vollendet, wenn er einen sichern Fuhrmann ausgemittelt, für die sichere Verpackung der Waaren und für die bestimmte Abfahrt gesorgt hat. Nur dann würde er verhaftet sein, wenn er einen in zweifelhaftem Ruf stehenden Fuhrmann bedungen, oder einen solchen, der ein schlechtes Fuhrwerk, schlechte Pferde hat. Auch würde er in solchen Fällen nicht durch den Einwand befreit werden, daß sein Auftragsgeber schon früher dem Fuhrmann Waaren anvertraut habe, da anzunehmen ist, daß er eben, um desto sicherer zu gehn, den Güterbesteder zur Abschließung des Geschäfts beauftragte. Er steht gegen den Absender nicht in dem Verhältniß eines Spediteurs.

Hiermit stimmen überein Bender (Handelsrecht §. 74. S. 172. n. 3.) und Mittermaier (a. a. O.).

In der Hamburger Wagenbestetterordnung v. 2. Dec. 1720. §. 6. ist von diesen, in dem gemeinen Recht enthaltenen Bestimmungen eine Abweichung vorhanden, indem die Litzenbrüder (wie in Hamburg die Güterbesteder genannt werden) für die richtige Ablieferung der Waare bis an den Bestimmungsort verantwortlich sind. Ob nun dieses Gesetz blos auf den Fall zu beziehn sei, wenn der Litzenbruder selbst den Transport der Waare übernahm, oder ob er überhaupt dazu verpflichtet sei, ist bestritten. Pöhls (Handelsrecht S. 144.), Kleinwort (Archiv d. Handelsrechts B. II. S. 34.).

§. 758. (M. §. 487.)

Nach gemeinem Recht steht dem, welcher zur Ausrüstung oder Erbauung eines Schiffs etwas hergeliehen hat, kein stillschweigendes Unterpfandsrecht zu.

Mehrere Particulairgesetze räumen zwar dem Darleiher, welcher Gelder zum Schiffsbau oder Ausrüstung des Schiffes vorgeschossen hat, ein stillschweigendes Unterpfandsrecht ein, als der Code de commerce art. 191. n. 8., wo es heißt: Les sommes dues au vendeur aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, si le navire n'a point encore fait de voyage; et les sommes dues aux creanciers pour fournitures, travaux, main d'oeuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement avant le départ du navire, s'il a déjà navigué. Auch

behaupten solches außer den Glossatoren v) mehrere Rechtsgelehrte, als Anton Faber (Coniect. L. 8. c. 11.), Leyser (Med. Sp. 159. m. 1.), Walch (ius contr. p. 423.), Mittermaier (a. a. O.), indem der, der zum Ankauf eines Schiffes das Geld hergeschossen, mehr Recht habe, als der, so zu Erkaufung eines Hauses solches hergeliehen, so müsse auch der, welcher zur Verbesserung eines Schiffes Geld gegeben, gleiche Rechte, ja noch ein größeres Recht haben, als der, mit dessen Gelde das Haus ausgebessert worden ist.

Mit Recht aber wird von Andern diese Meinung verworfen, als Averanius (Interp. iur. Lib. II. c. 13.), Vinnii (select. quaest. Lib. II. c. 4. p. 157.), Bachov (de pignor. Lib. XX. tit. 2. §. 8.), Noodt (Opp. T. II. p. 445.), Böhmer (Diss. de iur. merced. opificum §. 13. in Elect. iur. T. I.), Berger (Resol. leg. obst. Lib. 20. tit. 2. q. 5.), Westphal (Pfandrecht S. 146.), Meißner (Stillschweigende Pfandrechte Th. II. S. 214.). Denn

1) ist der aus der Rechtsanalogie angeführte Grund ganz verwerflich;

2) die L. 5 u. 6. D. q. p. in pig., worauf man sich beruft, bestimmen die Rangordnung bereits constituirter Hypotheken, aber keineswegs bestimmen sie die Art ihrer Entstehung. So spricht auch die N. 97. c. 3. blos von dem Vorzugsrechte solcher hypothekarischen Gläubiger, deren Geld in die Sache verwendet worden ist, schreibt denselben aber kein stillschweigendes Pfandrecht zu. Andere Gesetze (L. 34. D. de reb. auct. iud. poss., L. 17. D. de pig. N. 136. c. 3.) sprechen solches den genannten Gläubigern ab. Justinian setzt daher in der Novelle voraus, daß sie sich eine ausdrückliche Hypothek hätten bestellen lassen.

v) ad L. 5. D. q. p. in pig.

§. 759. (M. §. 488. n. 2.)

Der Rheder haftet aus den Handlungen des Schiffers blos in subsidium.

Die Seegesetze stimmen mit dem römischen Recht darin überein, daß der Rheder für den Schaden haften müsse, welchen der Schiffer in dieser Eigenschaft den Befrachtern oder Dritten zugefügt, und zwar ohne Unterschied, ob der Schiffer sich auf der Reise

oder zu Hause befindet. Streitig aber ist es, ob der Beschädigte sich sogleich mit Uebergehung des Schiffers an den Rheder halten könne, oder Letzterer erst in subsidium hafte.

Nach der richtigen Meinung haftet der Rheder blos in subsidium, und auch dann nur, wenn der Schiffer die Grenzen der Vollmacht nicht überschritten hat. Hiermit stimmt überein Martens (Handelsrecht §. 164.), Heise und Cropp (jurist. Abh. Hamb. 1827. B. I. n. 23.), s. a. Consolato del mare C. 61. 183. pr. 224. hanseat. Seer. v. 1614. X. art. 2. Dän. Gesetzb. IV. 3. Pr. Seerecht v. J. 1727. III. art. 53. Im pr. Landrecht Th. II. tit. 8. §. 1528. heißt es: „Den durch die Schuld des Schiffers oder der Schiffsleute an der Ladung oder den Reisenden entstandenen Schaden müssen die Rheder in so weit vertreten, als der Beschädiger selbst zum Ersatze unvermögend ist.“ Das Gegentheil wird angenommen von Locré (Commentaire T. 4. p. 346.), in der Ordonnance de la marine II. 8. art. 2., Niederl. Handelsgesetzgeb. II. 2. art. 4. 3. art. 26. 4. art. 59. 10. art. 12. 35., in dem Code de commerce art. 216. „Tout propriétaire de navire est civilement résponsable des faits du capitaine pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition.“

§. 760. (M. §. 488. n. III.)

Der Rheder kann sich durch Abtretung seiner Schiffsparte und der verdienten oder noch zu verdienenden Fracht von der Haftung nach gemeinem Recht nicht befreien.

Daß Forderungen, die auf einem Verschulden oder einem Delict des Schiffers beruhen, gegen den Rheder geltend gemacht werden können, darin stimmen die meisten Rechtsgelehrten überein; streitig aber ist die Frage, ob sich der Rheder von seiner Verbindlichkeit durch Abtretung des Schiffes sammt Zubehör und Fracht von dieser Verbindlichkeit befreien könne. Mehrere bejahen diese Frage, als Schilter (Prax. iur. Rom. Ex. 27. §. 18—20.), Wedderkopp (Introd. in ius nautic. Lib. I. tit. 1. §. 6. 7.), v. Martens (Handelsrecht §. 164. n. 2.), Jacobson (Seer. in Friedenszeiten S. 64.), Heise und Cropp (jurist. Abh. B. I. n. XXIII. S. 502.), womit auch mehrere Gesetze übereinstimmen. In der Ordonnanz Ludwigs XIV. v. 1618. heißt es: Les propriétaires de navires seront résponsables

des faits du maître: mais ils en demeureront déchargés en abandonnant leur bâtiment et le fret. Im Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1529. heißt es: „Doch können die Rheder von diesen durch die Handlungen des Schiffers ihnen zur Last fallenden Verbindlichkeiten mittelst Abtretung ihrer Schiffsparte und aller während der Reise davon gehabten Vortheile sich befreien.“ Code de commerce art. 216. „La résponsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret.“

Andere verneinen solche, als Stracha (de nautis. Pars ult. n. 2—4. in opere de mercatura p. 417.), Hevia (Labyrinthus commercii navalis c. 4. n. 17—25. c. 12. n. 40.), Rocchius (de navibus et naulo not. 23. 24. 26. 27. 65. 70. 176—179.), Marquard (de iure mercatorio. L. I. c. 8. n. 36—40.), Cramer (D. de iure nav. Fr. ad Viadr. 1668. c. 4. §. 15.). Hevia sagt a. a. O. c. 12. n. 40. nach der lat. Uebersetzung des Florentiners Brigoncius: nec satis faciunt magister vel dominus navis tradendo illam in solutionem damnorum, sed illa integre solvenda sunt, nam satis fieri non potest tradenda navi, tanquam ea sit, quae damnum dedit, non enim navis delinquit, nec causam damni dat, quum sensu careat, ut requiritur, ut ad hoc tradatur, quem habent animalia, quae damnum dant, et ideo traduntur, ad differentiam rei, quae sensum non habent, et ideo non traditur.

Wenn man auch das angeführte Raisonnement des Havia nicht für richtig annehmen kann, so ist doch letztere Meinung durch das römische Recht unterstützt.

§. 761. (M. §. 488. n. V.)

Die Rheder haften aus Handlungen ihres gemeinschaftlichen Factors in solidum, treiben sie das Schiffsgewerbe gemeinschaftlich, jeder nur auf seinen Antheil.

Daß mehrere Rheder dann, wenn sie einen gemeinschaftlichen Factor haben, in solidum haften, ist dem römischen Recht gemäß (L. 1. §. ult. D. de exercit. actione. L. 4. §. 1. 2. D. eod.). Treiben sie aber das Schiffsgewerbe selbst, ohne einen Schiffsverwalter, und contrahiren mit einem Dritten, so ist jeder nur zu seinem Antheil verbunden, den er an dem Schiffsgewerbe hat, und

sie sind dann mit der aus dem Geschäft entspringenden Klage zu belangen (L. 4. D. de exerc. act.).

Mehrere sind der Meinung, daß auch in dem erstern Fall die mehreren Rheder blos pro rata haften, als Barth (Diss. de mag. nav. C. II. §. 15.), Wernher (Lect. comment. in Pand. de exerc. act. §. 4.), Thibaut (System des Pandectenrechts), Wedderkopp (Introd. in ius nautic. L. I. §. 3. 6. 7.), Jacobson (Seerecht in Friedenszeiten S. 64.), eine Meinung, welche auch in mehrern neuern Seerechten angenommen ist, offenbar aber dem römischen Recht widerstreitet, welches in L. 2. D. de exercit. act. bestimmt: ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit. Die erstere richtige Meinung wird vertheidigt von Duarenus (Comm. ad Tit. de exercit. act. c. 2.), Voet (Comm. ad P. de exerc. act. §. 5.), Huber (Eunomia rom. ad L. 1. §. ult. D. de exerc. act. p. 551.), Stryck (Usus mod. Pand. tit. de exerc. act. §. 16.), Cocceji (ius controv. tit. de exerc. act. §. 2.), Hofacker (Princ. iur. civil. T. III. §. 1801.), Glück (Pandecten-Comment. B. 14. S. 190.), Heise's und Cropps Meinung (jurist. Abh. B. I. n. 23. S. 448.) geht dahin, daß das Prinzip der neuern Seerechte und der heutigen Praxis, daß mehrere Rheder Dritten nicht, wie nach gemeinem Recht, solidarisch, sondern nur nach Maasgabe ihrer Schiffsparte verpflichtet sind, nur von der Verpflichtung der Rheder als solcher gelte, denn käme noch ein anderer Grund der solidarischen Verpflichtung, z. B. ein dem Schiffer ertheilter unerlaubter Auftrag, hinzu, so sei nicht abzusehn, weshalb von mehreren Rhedern nicht auch einer für alle gehalten sein sollte.

§. 762. (M. §. 489. n. IV.)

Der Rheder kann nicht willkürlich den Schiffer entlassen.

Das Verhältniß des Rheders zum Schiffer richtet sich nach dem Dienstvertrag. So wenig nun eine Dienstherrschaft das Gesinde willkürlich entlassen kann, eben so wenig kann auch der Rheder den Schiffer entlassen, es muß daher ein besonderer Grund vorhanden sein; wohin gehört der Ablauf der Zeit, auf welche der Vertrag eingegangen, oder ein besonderer Grund, als Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten, wenn sich findet, daß er die nöthigen Kenntnisse nicht besitzt. Mit diesen richtigen Grund-

säßen stimmen die meisten Rechtsgelehrten, als Martens (HR. §. 160.), Mittermaier (a. a. O.), die meisten Seerechte überein; s. a. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1454 u. s. f. Nach Einigen nur steht dem Rheder die unbedingte Entlassung zu; s. Code de commerce art. 218.

§. 763. (M. §. 490. n. VI.)

Der Rheder eines gescheiterten Schiffs ist nie weiter als für den Werth des von demselben Geborgenen der Mannschaft in Hinsicht auf die Heuer verhaftet.

Wenn gleich nach dem römischen Recht (L. 19. §. 9. 10. L. 38. pr. D. loc. cond.) der Dienstvertrag in dem Falle, wenn der Miether durch einen Zufall verhindert wird, die Dienste zu benutzen, nicht aufgehoben wird, sondern in seiner vollen Wirksamkeit besteht, und sonach, wenn das römische Recht angewandt, der Rheder verbunden sein würde, auch in dem Falle, wenn das Schiff scheitert, den vollen Heuer zu entrichten, wie auch selbst von Einigen angenommen und in einigen Seegesetzen bestimmt ist (als in Codice por la Veneta mercantile marina P. II. tit. IV. art. 11. 18.), so ist doch dieser Grundsatz den Gewohnheitsrechten und den meisten in Deutschland geltenden Seerechten zuwider, als rev. Lübisches Seerecht Tit. III. art. 3. 7., Altes hanseatisches Seerecht art. 45., rev. hans. Seerecht Tit. IV. art. 29., Code de commerce art. 258. En cas de prise, de bris et naufrage, avec perte entière au navire et des marchandises les matelots ne peuvent prétendre aucun loyer. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1576. „Wird das Schiff von Feinden oder Räubern genommen, oder geht es sonst durch Zufall ganz verloren, so kann das Volk weiter keinen Anspruch machen.“

Hiermit stimmen überein: Martens (HR. §. 167.), Kleinwort (Archiv d. Handelsrechts B. II. S. 464 u. s. f.), Mittermaier (a. a. O.). Der Grund der angegebenen gesetzlichen Bestimmung scheint der zu sein, weil die Matrosen dadurch zu aller ihnen möglichen Anstrengung angefeuert werden, um von dem Schiff so viel als möglich zu retten. Daß dies wirklich der beabsichtigte Zweck der Gesetze gewesen, ergiebt sich auch daraus, weil sie bestimmen, daß die Matrosen, wenn sie etwas bergen, noch etwas zur Belohnung von den Eignern der geborgenen Sache erhalten sollen.

§. 764. (M. §. 491. n. V.)

Der Schiffer ist nach gemeinem Recht nicht verbunden, wegen der Fautfracht protestiren zu lassen.

Einige, als Martens (HR. §. 175.), Langenbeck (Anmerk. z. Hamb. Schiffsrecht S. 150.), D. Weitzen (Tract. von Averien), Klefecker (Samml. Hamb. Gesetze Th. 7. S. 130.) sind der Meinung, daß der Schiffer durch Notarien von der Fautfracht einen förmlichen Protest zu leviren verbunden sei, um seine Ansprüche gegen den Befrachter geltend zu machen. Klefecker äußert sich a. a. O. dahin: Es ist dann aber auch Seeherkommens, und wird in den Contrepartien gemeiniglich mit ausgedrückt, daß er (der Schiffer) vorher gegen den Befrachter von Mangel-Fracht (faut-fret) nach vorgezeigtem ledigen Raum protestiren müsse, damit es keine leere Ausflucht sei, wenn er Fracht von Gütern fordert, die er zur Einladung nicht erhalten hat.

Andere dagegen (Archiv d. HR. B. I. S. 166.) sind der Meinung, daß zwar die Levirung des Protestes am Verladungsorte zur Conservirung der Ansprüche des Schiffers aus der Fautfracht nothwendig sei, jedoch der Befrachter auch auf diese, wie auf jede nicht unter Androhung der Nullität vorgeschriebene Förmlichkeit Verzicht leisten könne, um so mehr, da diese Förmlichkeit nur den Beweis eines Anspruchs, nicht den Anspruch selbst betreffe.

Noch Andere, als Trummer (Abh. über die Frage: muß der Schiffer wegen Fautfracht protestiren? im Archiv d. HR. a. a. O. S. 150.), Mittermaier (a. a. O.) halten solchen, wenn die Gesetze nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt haben, nicht für wesentlich, obgleich Sicherheit des Schiffers den Gebrauch anrathe.

Letztere Meinung ist die richtigere. Daß

1) derjenige, welcher die Befrachtung eines ganzen Schiffes übernommen hat, dann, wenn er solches nicht ganz beladet, die volle Fracht entrichten muß, ist unbedenklich und der Analogie von Miethsvertrag gemäß, und nur dann findet eine Ausnahme Statt, wenn der Schiffer Gelegenheit fand, von Andern Güter an die leere Stelle zu bekommen. Denn wenn der Miether verhindert wird, die Dienste des Vermiethers zu benutzen, dieser aber dieselben einem Andern wirklich vermiethet, so muß er so viel zurück geben, als er von dem Andern erhalten hat (L. 19. §. 9. D. lo-

cati). Der Grund liegt darin, daß der Vermiether kein ungewöhnliches lucrum ziehn soll (Voet Comm. ad Pand. L. XIX. Tit. II. §. 22.). Wendet man diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich daraus, daß zwar dem Befrachter selbst die höhere Fracht, welche der Schiffer bekommen hat, zu Gute komme, daß aber dem Befrachter nur die Fracht vergütet werden muß, welche der Schiffer wirklich bekommen, nicht aber die, welche er hätte bekommen können.

2) Die Protestation besteht in der Erklärung, durch welche man seine an einer Sache habende Rechte beizubehalten und einen bevorstehenden Schaden von sich abzuwenden sucht; weil, wenn sie nicht geschieht, daraus geschlossen werden möchte, daß man auf seine Rechte verzichte (L. 1. §. 1. D. quib. mod. pig. L. 15. §. 8. D. de reg. iur.). Diese erfolgte hier dadurch, daß der Schiffer glaubhaften Personen den leeren Raum zeigt und durch sie bezeugen läßt, daß und wie viel Fautfracht geblieben ist. Auf solche Art ist ein vollständiger Beweis vorhanden, und mehr bedarf es nicht, um den Befrachter zu Erlegung der vollen Fracht anzuhalten.

Nach den meisten Seerechten findet freilich das Gegentheil Statt. So bestimmt das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1639.: „Wird binnen der contract- oder gesetzmäßigen Zeit dem Schiffer die Ladung nicht angewiesen, so muß er den Protest aufnehmen lassen."

§. 765. (M. §. 492.)

Wird der Befrachter durch einen Zufall gehindert, die zur Verschiffung bestimmten Waaren zu liefern, so wird dadurch noch nicht seine Verbindlichkeit aufgehoben, wenn das Schiff en bloc gemiethet ist.

Wenn der Befrachter durch einen Zufall verhindert wird, indem durch Feuer oder Wasser die Waaren, welche zur Verschiffung bestimmt waren, zu Grunde gingen, oder ein Verbot der Ausfuhr erging, oder Krieg ausbrach, so sind Mehrere, als Roccius (de Navibus art. 54. 80.), Marquard (de iure mercat. L. 2. c. 10. n. 22.), Wedderkopp (de iure nautico Lib. 3. tit. 3. §. 45.), Locré (Esprit du Code de comm. T. 3. p. 204. 5. coll. 207. in fin. 208.; 265. 6, 275, 292, 3.), Pardessus (cours de droit commercial T. III. p. 171. 175.), Boulay-Paty (cours de droit commercial-maritime T. 2. p. 284.),

Glaßhof (Sammlung einiger bei der Schifffahrt vorkommender Fälle. Heft 3. S. 139.) der Meinung, daß der Befrachter zu nichts mehr gehalten sei, als zur Vergütung der bereits aufgelaufenen Kosten und der bis dahin bereits verdienten Fracht, daß aber dagegen für das Weitere kein Ersatz gegeben zu werden brauche. Sie berufen sich vorzüglich auf die **L. 13. §. 7. L. 15. §. 6. D. locati**, und darauf, daß Niemand seinen Contrahenten für einen unverschuldeten Zufall einzustehen brauche, auch die Gleichheit der Rechte zwischen Schiffer und Befrachter es mit sich brächte. Die französischen Schriftsteller stützen sich vorzüglich auf das Prinzip des **Code civile 1147**, wonach eine Forderung auf Interesse wegfalle, wenn die Verhinderung oder Zögerung bei der Contractserfüllung von einer **vis maior** herrühre; eben so wenig sei auf eine unverschuldete Zögerung das Interesse zu prästiren, und zwar insonderheit deshalb wohl, weil eine **mora** stets ein Verschulden voraussetze, die Verbindlichkeit zur Vergütung von Ueberliegetagen aber nur auf einer **mora** beruhe. Allein mit Recht wird von Andern diese Meinung verworfen, und dem Schiffer auch in dem Falle, wenn der Befrachter durch einen Zufall gehindert wird, die Waaren zur Verschiffung zu übergeben, ein Anspruch auf die Fracht und Ersatz der Ueberliegetage zugesichert. Straccha (**de mercatura tit. de navib. P. 3. n. 17—21.**), Heise (Abh. Rechte des Schiffers bei der Fautfracht, im Archiv d. HR. B. I. S. 368.), Heise und Cropp (jurist. Abh. B. 2. n. 18. S. 624 u. f. f.). Die Gründe sind:

1) Weil hier gar kein Entschädigungsanspruch in Frage steht, sondern nur die Leistung dessen, was der Befrachter in dem Contract zu leisten versprochen hat, ein Contrahent aber die von ihm versprochene Leistung nicht um deswillen verweigern oder zurückhalten kann, weil er wegen zufällig eingetretener Umstände von der Gegenleistung des andern Contrahenten keinen Gebrauch machen kann. Denn wird z. B. der Miether eines Hauses durch Zufall verhindert, es zu beziehn, oder kann der **conductor operarum** auch ohne sein Verschulden von den Dienstleistungen keinen Gebrauch machen, so muß gleichwohl der Eine wie der Andere die versprochene Miethe oder den verheißenen Lohn entrichten (**L. 19. §. 9. 10. L. 27. §. 1. L. 38. D. locati**).

2) In der **L. 61. §. 1. D. locati** heißt es: **Navem conduxit, ut de provincia Cyrensi Aquileiam navigaret, olei**

metretis tribus millibus impositis et frumenti modiis octo millibus, certa mercede; sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur, et onus impositum omisso tolleretur. Quaesitum est, an vecturas, quas convenit, a conductore secundum locationem exigere navis possit? Respondet, secundum ea, quae praeponerentur, posse.

3) Wenn es gleich richtig ist, daß der Contrahent, welcher zu beweisen vermag [w]), daß er durch einen Zufall oder höhere Gewalt an der Erfüllung der ihm obliegenden Leistung verhindert worden, dadurch von der übernommenen Verpflichtung in der Art befreit wird, daß er seinem Mitcontrahenten auch nicht das Interesse zu prästiren braucht [x]), sonach als consequente Folge erscheint, daß der Frachtcontract sich für den Schiffer ohne Weiteres auflöst, wenn sein Schiff untergeht, von höherer Hand angehalten, oder sonst durch einen unvermeidlichen Zufall an der Reise verhindert wird, — so ist es doch unbezweifelt Rechtens, daß ein nicht den bestimmten Gegenstand des Vertrags betreffendes Hinderniß lediglich ein Nachtheil für den Contrahenten ist, in dessen Person es sich ereignet. Sonach wird derselbe seiner übernommenen Verpflichtungen oder einer statt derselben zu leistenden Entschädigung nicht entledigt, weder dann, wenn die von ihm zur Erfüllung einer generellen Verbindlichkeit einseitig bestimmten oder ausgewählten speciellen Gegenstände durch Zufall vernichtet werden, noch auch dann, wenn die eingetretenen Umstände ihn verhindern, von der Leistung seines Mitcontrahenten Gebrauch zu machen. Wenn man den Frachtcontract als eine **locatio conductio navis** betrachtet, so enthält die a. g. **L. 61. §. 1. D. locati** die klare Entscheidung für die Verpflichtung des Befrachters: eben so finden sich treffende Analogien in den Gesetzen für den Fall, wenn man den Frachtcontract als eine **locatio conductio operarum** ansehn wollte. Denn in beiden Fällen besteht das, was der Befrachter zu entrichten hat, in dem Frachtgelde, die Bezahlung desselben wird durch die eingetretenen Umstände nicht verhindert, vielmehr verhindern solche den Befrachter nur von dem gemietheten Schiff oder gemietheten Diensten des Schiffers Gebrauch zu machen, und diesen Zufall hat er nach obigem Prinzip allein zu tragen, und kann keinen Einwand gegen den contractlichen Anspruch des Schiffers auf die Fracht entlehnen.

Allein als eine **locatio conductio operarum** kann der Frachtcontract nicht angesehn werden, weil der Befrachter den Schiffer nicht für die Zeit seiner Dienste, sondern für den Transport der Waaren nach einem gewissen Ort im Ganzen zu bezahlen pflegt, und weil, wenn auch das Erstere stipulirt wird, doch dieses nur den Maasstab für die Fracht bestimmt, die Meinung aber dahin geht, daß der Schiffer die verabredete Reise als ein untrennbares Ganze vornehmen soll, wo aber die Meinung auf die Vollendung des Geschäfts durch die Dienstleistung des Andern gerichtet ist, da finden die Grundsätze des römischen Rechts von der **locatio conductio operis** (**L. 51. §. 1. D. locati**) Anwendung. Dagegen kann in dem Frachtcontract allerdings eine Miethe des Schiffes, es kann eine Verdingung der Waaren zum Transporte, sonach eine **locatio conductio rei**, oder eine **locatio conductio operis** enthalten sein. Ist ersteres, so finden die oben angegebenen Grundsätze Anwendung, so daß auch bei einer casuellen Verhinderung an der Befrachtung des Schiffes doch die Fracht zu entrichten ist. Ist letzteres, so muß das Gegentheil angenommen werden. Denn hier besteht das, was der Befrachter zunächst zu leisten hat, in dem Hingeben der Güter an den Schiffer, um dieselben an den Bestimmungsort zu führen, wenn aber der Gegenstand der Leistung von einem Unfalle betroffen wird, so wird der Contrahent von seiner Verpflichtung frei. Die Frage ist sonach nur: wann ist eine Miethe des Schiffes oder eine Verdingung der Waaren zum Transport anzunehmen? Der allgemeine Gesichtspunkt ist leicht anzugeben. Wird dem Befrachter das Schiff oder ein bestimmter Schiffsraum zur Benutzung überlassen, so ist es eine Miethe des Schiffes; werden hingegen die Waaren dem Schiffer nach dem Contracte übergeben, damit er sie nach dem Bestimmungsorte hinführe, so ist dies ein Verdingen der Waare zum Transport [y]).

4) Die Seerechte enthalten verschiedene Bestimmungen, begründen aber keinen allgemeinen Grundsatz. Das **Consulato del mare** (K. 78—83. 258—260. 262. 263.), die ältern französischen Gesetze (**Rôles d'Oleron art. 21.**), die neuern (**Code de comm. art. 276. 299.**), dann das niederländische Recht (Handelsgesetzb. **II. 5. art. 47. n. 2. 3.**), die ältern Preuß. Gesetze (Seerecht v. 1727. V. 16. 26. 27.), zum Theil das Pr. LR. (Th. **II. tit.** 8. §. 1651.) bestimmen, daß der Befrachter verbunden sei, die Fautfracht und Ueberliegetage zu ver-

güten, daß jedoch die Verbindlichkeit dann wegfalle, wenn er durch einen Zufall oder höhere Gewalt an der Erfüllung des Contracts verhindert werde. Dagegen bestimmt unter andern die **Lex Rhodia** (II. 20.), daß der Befrachter die halbe Fracht zu bezahlen verbunden sei, ohne hiervon den Fall einer casuellen Verhinderung auszunehmen, so auch das Wisbysche Seerecht (art. 34.), die nordischen Seerechte (ius Slesvic. ant. §. 53. recent. c. 68. Stat. Flensburg. art. 1284. Stat. Hadersleb. art. 1292.), hanseatische Seerechte (v. 1614. V. 5.), auch die Hamb. Statuten (v. 1270. XIII. 15. 1292. 15. v. 1497. 28. 30. v. 1603. II. 15. 3. 5.); s. n. Gildemeister (Beitr. z. d. Recht B. I. Erläuterung des 44. Bremischen Statuts §. 14.).

w) Den Beweis muß er übernehmen. Thibaut Pandecten B. I. §. 175. Hasse die culpa d. röm. Rechts S. 237., sonach auch der Befrachter. Boulay-Paty II. 288—296. 396.
x) Hasse a. a. O. S. 83—95. Code civil. art. 1147. 1148.
y) Als Miethe des Schiffes ist es anzusehn, wenn über die Befrachtung des ganzen Schiffes, oder eines Theils desselben, eine Charteparte abgeschlossen wird. Als Verdingen der Waare zum Transport, wenn der Befrachter Stückgüter liefert, damit er solche an den Bestimmungsort bringe, oder mit andern Worten, jenes ist anzunehmen, wenn en bloc gemiethet ist, dieses, wenn en cueillette der Frachtcontract abgeschlossen ist.

§. 766. (M. §. 494. n. II.)

Dem Schiffer steht das Recht zu, in Nothfällen die geladenen Waaren zu verkaufen, nicht aber ohne Schiff zu verbodmen.

Der Grund, warum der Schiffer in äußerster Noth die Waaren verkaufen kann, ist der, weil er verbunden ist, den am Losungsorte gangbaren mittlern Preis derselben zu ersetzen, sonach kein so wesentlicher Nachtheil für die Eigenthümer entsteht: die Verpfändung derselben kann aber nicht anders als mit dem Schiffe geschehn, indem für das aufgenommene Kapital Schiff und Ladung haften. Hiermit stimmt das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1710 und 2380. überein. Dagegen wird von Hall (de magist. navis II. p. 112.) und Mittermaier (a. a. O.) angenommen, daß die Verpfändung der Waaren auch ohne Schiff geschehn kann.

§. 767. (M. §. 497. n. 1.)
Dem Commissionshandel liegt ein eigenthümlicher Vertrag zu Grunde, der zwar am nächsten mit dem römischen Vollmachtsvertrage verwandt, jedoch von demselben unterschieden ist.

Ueber die Frage: welcher Vertrag dem Commissionshandel zu Grunde liege, giebt es sehr getheilte Meinungen[z]). Einige nehmen eine locatio conductio operarum an, als Martens (Handelsrecht §. 18.), Breuls (de cont. com. ad merces coem. datae. Gött. 1800. c. 3.); Andere nehmen einen Tauschcontract an; Einige halten den Commissionair einem Factor gleich, als Ludwig (Kaufmannslexicon Th. II. p. 489. s. v. Commissionen), Melting (Diss. de merc. in commiss. datis §. 2.), oder dem Mäkler; noch Andere nehmen ein reines Mandat an, als Riccius (Exercit. camb. Ex. II. sect. 2. §. 1.), zum Theil Püttmann (Misc. iur. p. 165.). Denn er sagt, quiquid huius rei sit, ex regulis mandato praescriptis aestimandum — neque tamen valde repugnaturum se ait si quis hoc negotium contractu singulari moribus introducto constare dixerit. Noch Andere einen Innominatcontract, do ut facias, als Pöhls (Handelsrecht S. 250., wo er sagt: will man sich aber streng auch in der Form an das römische Recht halten, so ist freilich sowohl Mandat als Dienstcontract nicht vorhanden, und man muß dann zu der Theorie von Innominatcontracten seine Zuflucht nehmen, und dem Commissionshandel den contractus do ut facias unterlegen, womit aber auch nicht viel geholfen wäre, da wieder die Frage entstehen würde, welchem der beiden genannten Contracte dieser nachgebildet sey.) Faber (Praes. Michaelis) Diss. de mercatura procuratoria. Tub. 1829. p. 15., wo er sagt: Iam, licet nulli romanorum pactuum generi pactum commissionis accenseri posse perhibeamus, minime tamen alienum a proposito nostro censemus, quaerere ad quodnam romanorum pactorum genus proxime accedat commissio? Monendumque in his contra Breulsium, contractus innominati formulam facio ut des, inprimis huc facere. Patet enim, dari ex parte committentes solvenda provisione, et antecessisse factum ex parte commissionarii, gesto, quo provisionem acciperet, negotio commisso.), Bülow und Hagemann (pract. Erört. B. 4. S. 83.) Noch Andere sind der Meinung, daß dem Commissionshandel kein reines Mandat zu Grunde liege, doch aber

solches dem Mandat am nächsten komme, als Bender (Handelsrecht §. 92. S. 209.), Mittermaier (a. a. O.)

Diese letztere Meinung ist die richtigere. Denn

1) eine locatio conductio operarum läßt sich nicht annehmen, indem der Commissionair eine Provision, nicht aber einen Lohn erhält, und auch so manche Dienste thun muß, für welche er keine Vergeltung erhält.

2) Von dem Tauschcontract unterscheidet sich der Commissionscontract dadurch, daß der Commissionair die Waaren nicht für sich kauft, sondern sie ihm zum Verkauf übergeben werden. Dann besteht aber auch der Commissionshandel nicht blos in einem Verkauf, sondern auch Einkauf; nur wie Mittermaier (§. 498. n. IX.) bemerkt, ist ein Trödelcontract dann anzunehmen, wenn der Commissionair die Waaren um einen bestimmten Preis übernimmt, so daß er den Preis ausliefert, oder die Waaren zurückgiebt.

3) Der Commissionair ist von einem Factor wesentlich unterschieden, denn jener betreibt die Handelsgeschäfte für sich, nicht wie dieser, im Namen eines andern, von dem er die Procura hat; auch unterscheidet er sich von einem Mäkler, der blos als Mittelsperson zwischen Käufer und Verkäufer zu betrachten ist, und die Geschäfte für Andere betreibt.

4) Ein Mandat liegt dem Commissionshandel nicht ganz rein zum Grunde, obgleich solches von Mehreren angenommen wird; auch in Code de comm. art. 91. und im niederländischen Handelsgesetzbuch v. 1826. B. 1. tit. V. art. 2. aufgenommen ist. Denn

a) ist das Mandat ein negotium gratuitum, nicht so das Commissionsgeschäft. Wenn man gleich annimmt, daß bei dem Mandat ein Honorar stattfinden kann, Thibaut (Pandectenrecht §. 866.), so unterscheidet sich doch das Honorar von der Provision dadurch, daß solches nach gewissen Procenten und nach einem bestimmten Werth berechnet wird, welches bei dem Honorar nicht ist.

b) Der Mandatar handelt im Namen des Mandanten, nicht der Commissionair im Namen des Committenten; der Mandatar muß streng die Grenzen beobachten, welche der Mandant ihm gesetzt hat, dem Commissionair ist Mehreres überlassen, wenn er nur das Limito beobachtet. Der, welcher mit dem Mandatarius einen Vertrag abgeschlossen, kann gegen den Mandans die actio quasi institoria adversus mandantem anstellen (L. 12. 16. 19. D. de inst. act.). Allein der, welcher mit dem Commissionair ein Ge-

schäft abgeschlossen, kann gegen den Committenten nicht klagend auftreten.

5) Ist kein Innominatcontract darum, wie schon **Breul** (a. a. O. §. 3.) richtig bemerkt, anzunehmen, weil bei diesem das ius poenitendi statt hat (**Thibaut** PR. §. 165.), was aber hier wegfällt.

z) **Koch** de mercibus in com. dat. §. 6.

§. 768. (M §. 497. n. 5.)

Der Commissionair und Committent sind zur praestatio der culpa levis verbunden.

Mehrere sind der Meinung, daß von beiden Theilen omnis culpa zu prästiren sei, **Pardessus** (Cours T. II. p. 587. art. 1992.), **Bender** (HR. §. 93. n. 2.), **Pöhls** (HR. S. 250., wo er sagt: Er, nämlich der Commissionair, haftet für jedes, auch das geringste, Versehen, er prästirt culpam levem; wie aber ist es mit dem Committenten? Die Gesetze verlassen uns hier, oder enthalten wenigstens keine directen Bestimmungen. Man muß daher zu den allgemeinen Grundsätzen seine Zuflucht nehmen, und behaupten, da der Committent im Grunde den Nutzen von der Besorgung des Geschäfts hat, so muß er auch culpam omnem prästiren.). Allein mit Recht nehmen **Breul** (a. a. O. §. 21. S. 28.) und **Faber** (a. a. O. §. 18. p. 68.) das Gegentheil darum an, weil aus dem Commissionsgeschäft für beide Vortheile entstehn, und sonach nach den allgemeinen Grundsätzen in solchen Fällen culpa levis prästirt wird.

§. 769. (M. §. 497. n. XII.)

Der Committent wird Eigenthümer der durch den Commissionair erkauften Waare, wenn solche auf des Erstern Namen in des Letztern Handelsbuch eingetragen ist, wenn gleich der Commissionair solche auf seinen Namen erkauft hat.

Daß der Committent Eigenthümer der Waare wird, welche der Commissionair auf seinen Namen einkaufte, ist unbestritten (**Bender** HR. §. 99. S. 219.). Ob aber dann, wenn der Committent auf seinen Namen die Waaren zwar eingekauft, aber auf den Namen des Commissionairs in seinem Handelsbuche eingetragen hat, er Eigenthümer werde, ist zweifelhaft. Zur Verneinung dieser Frage werden folgende Gründe angeführt:

1) Der Committent ist als Bevollmächtigter des Commissionairs anzusehn, er erscheint aber nicht als solcher, wenn er auf seinen Namen die Waaren einkauft; hier geht das Eigenthum derselben auf ihn über, ohne Unterschied, ob die Waaren mit den von dem Committenten zu diesem Einkauf gezogenen Geldern bezahlt wurden, oder nicht: indem nach Vorschrift der Gesetze derjenige Eigenthümer der erkauften Sache wird, in dessen Namen der Kauf geschlossen, und welchem die verkaufte Sache von dem Verkäufer übergeben worden, wenn auch die Bezahlung des Kaufpretiums mit fremden Geldern geleistet wäre (**L. 1. 8. C. si quis alteri vel sibi alterius nomine, vel aliena pecunia emerit.**).

2) Der Titel, durch welchen der Committent das Eigenthum der Waare erhielt, ist der Kauf; sollte nun solches auf den Committenten übergehn, so müßte ein besonderer Rechtsgrund (Titel) vorhanden sein, für welchen aber nicht anzunehmen ist, wenn der Commissionair die Waaren auf den Namen des Committenten in seine Bücher eingetragen hat, da eine bloße Destination und Auszeichnung nach **L. 58. §. 1. D. pro Socio** und **L. 1. §. 2. D. de periculo et commodo rei vend.** keinen Effect hat.

Zur Unterstützung der bejahenden Meinung gehören folgende Gründe:

1) Die beiden zuletzt angeführten Gesetze sind auf vorliegenden Fall nicht anzuwenden, indem in demselben vorausgesetzt wird, daß die Bezeichnung der Waaren von Seiten des Käufers geschehn sei, und daher präsumirt werde, daß die Waare mehr um eine Vertauschung zu verhüten, als der Tradition wegen bezeichnet worden. Hier aber hat der Commissionair dadurch, daß er auf den Namen des Committenten die Waaren in seine Bücher eintrug, deutlich zu erkennen gegeben, daß er das Eigenthum auf denselben zu übertragen den Willen gehabt. In der **L. 9. §. 3. D. de acquirendo rerum dominio** heißt es: **nihil tam conveniens est aequitati naturali, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.**

2) Zur Uebergabe einer Sache ist die bloße Willenserklärung des vorigen Besitzers hinreichend, und die Uebergabe ist auch alsdann für vollzogen zu achten, wenn der bisherige Besitzer solche nunmehr für einen Andern in seinem Gewahrsam zu behalten erklärt hat.

3) Es ist der kaufmännischen Usance gemäß, daß der Kaufmann den Einkauf der Waaren, wozu er auswärtige Commissionen erhalten, ganz allein in seinem eignen Namen besorgt, ohne den Committenten zu nennen, und die Klugheit verbietet, daß ein Kaufmann seine auswärtigen Correspondenten dem Publicum durch deren öffentliche Bekanntmachung verrathe. Der Verkäufer hält sich an den, welcher die Waaren von ihm empfangen hat, ohne sich um den zu bekümmern, für welchen sie gekauft werden. Zwischen dem Kaufmann und seinem Committenten wird das Geschäft durch Correspondenz und die darauf sich gründenden Vermerke in Handelsbüchern geführt; beide stehen in der Meinung, daß durch einen dergleichen Vermerk das Geschäft zwischen ihnen vollständig abgeschlossen sei, der Committent glaubt dadurch, daß die Waaren in den Büchern des Commissionairs auf seinen Namen eingetragen sind, Eigenthümer der Waare geworden zu sein, und im Vertrauen auf diesen Glauben werden oft ansehnliche Summen Gelder zu Waarenbestellungen hergegeben. Es würde auch dem allgemeinen Wohl der Handlung und dem öffentlichen Kredit äußerst nachtheilig sein, wenn durch die Anwendung der für die verneinende Meinung angeführten römischen Gesetze, die doch nicht unmittelbar für dergleichen Geschäfte gegeben sind, das Vertrauen auf die Gültigkeit solcher Vermerke in den Handelsbüchern, die nach den deutschen Gesetzen zwischen den Kaufleuten die Stelle schriftlicher Contracte vertreten, aufgehoben werden sollte. Nach diesen richtigen Grundsätzen hat die preuß. Gesetzcommission vom 25. Oct. 1788 entschieden. (Kleins Annalen B. III. S. 316.)

§. 770. (M. §. 498.)

Dem Commissionair steht das Recht zu, das Kaufgeld für die Waaren, welche er auf Rechnung des Committenten verkauft hat, einzuziehn.

Wenn der Commissionair als Institor des Committenten angesehn wird, so ist es unbezweifelt, daß er zur Einziehung der Verkaufsgelder berechtigt ist: indem

1) Dem Institor auch ohne besondere Vollmacht ein Klagerecht gegen die Käufer zusteht, und zwar allein, indem der Prinzipal nicht gegen dieselben klagen kann (L. 182. D. de inst. act.)

2) Nach dem allgemeinen Handelsrecht hat derjenige, welcher den Auftrag erhielt, Waaren zu verkaufen, auch an und für sich das

Recht, die Zahlungen dafür einzuziehn, und die Käufer können mit Sicherheit ihm Zahlung leisten.

Hiermit stimmen überein Stryck (usus mod. Pand. Lib. 14. tit. 1. §. 9.) und Mevius (Decis. Lib. 5. dec. 174.), Archiv d. HR. B. 2. n. XXXII.

Das Gegentheil wird angenommen von Lauterbach (Lib. 14. tit. 3. §. 12.), Böhmer (de actionib. Sec. 2. c. 10. §. 6.), Schmidt (Klagen und Einreden §. 1403.). Der Grund, welcher zur Unterstützung dieser Meinung angeführt wird, ist, weil ein Institor nur da im eigenen Namen klagen könne, wo er im eigenen Namen contrahirt habe; nur der Prinzipal könne da klagen, wo der Contract in seinem Namen geschlossen sei.

§. 771.[a]) (M. §. 498. n. VI.)

Der Commissionair darf sich keinen bei der Sache vorkommenden Gewinn zueignen.

Der Commissionair ist als Mandatar des Committenten zu betrachten: so wie nun ein Mandatar überhaupt nicht sich den Gewinn aus dem ihm aufgetragenen Geschäft zueignen darf, sondern seinem Gewaltgeber einliefern muß (L. 10. §. 8 u. 9. D. mandati. L. 20. D. eod. und L. 13. D. praesc. verb.), so ist es auch hier. Dieser Meinung sind Berger (Resol. leg. obstant. Tit. de aest. Q. 6.), Cocceji (ius controv. Tit. de aest. act. §. 21.), Böhmer (Diss. de translatione dominii in contr. aest. Hal. 1703. §. 13. in Exercit. ad P. T. 3.), Brückner (Diss. de contr. aestim. Jen. 1710. §. 6.), Glück (P.-Comm. Th. XVIII. S. 65.). Der entgegengesetzten Meinung sind Voet (Comm. ad Pand. Tit. de aest. act. §. 2.), Zösius (Comm. ad Pand. Tit. de aest. act. n. 3.), sie stützen solche auf die L. 13. pr. D. de praes. verb., wo Ulpian sagt: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto. Allein hieraus folgt noch nicht, daß es ohne einen solchen Vertrag anders sei. Das Herkommen, worauf Bender (HR. S. 127.) die entgegenstehende Meinung begründen will, ist unerweislich. Pöhls (HR. 1. S. 265.) bemerkt: Die Behauptung, daß der Commissionair dasjenige, was er etwa über das Limito erhielt, für sich behalten könne, ist grundlos: wo sie als Usance behauptet wird,

muß die Usance erwiesen werden. Vielmehr soll der Commissionair auf alle Weise das Beste des Committenten zu befördern suchen; jeder Vortheil, den er erlangt, kommt daher diesem zu Gute.

§. 771. b) (M. §. 498. n. XI.)

Dem Commissionair steht wegen gemachter Auslagen ein Retentionsrecht überhaupt zu.

Nur wegen der in dem Geschäft selbst gehabten Auslagen kann der Commissionair, so wie auch nur der Spediteur (§. 772. a), ein Retentionsrecht an den zur Veräußerung erhaltenen Waaren ausüben, nicht aber wegen anderer Forderungen, die er an den Committenten hat. Leyser (Med. ad P. Sp. CLXXV. med. VI.), Cramer (T. I. obs. CCCV. T. II. obs. CCCCLXIII. §. 20.), Scherer (Handbuch d. Wechselrechts Th. I. S. 396.). Wenn gleich in mehrern Particularrechten, vorzüglich Wechselordnungen, als in der Augsb. WO. v. 1716. c. 6. §. 8. u. Nürnb. WO. c. 8. §. 2. u. m. a. das Gegentheil bestimmt ist.

Daß dem Commissionair nun überhaupt wegen der gemachten Auslagen ein Retentionsrecht zusteht, ist unbedenklich. (L. 12. §. 9. D. mandati.) Pardessus (Cours. P. IV. p. 474.), Faber (a. a. O. p. 82.).

§. 772. a) (M. §. 499. n. VI.)

Dem Spediteur steht ein Retentionsrecht wegen der Auslagen zu, nicht aber wegen anderer Forderungen.

1) Der Spediteur ist rücksichtlich des Absenders nicht Depositar, sondern Mandatar, indem das Depositum auf bloße Aufbewahrung der Sache geht, der Spediteur aber zur Weiterbeförderung verbunden ist.

2) Wenn dem Spediteur Waaren mit dem Auftrage zugesandt werden, damit den Willen eines Dritten (des künftigen Empfängers) zu befolgen, so wird er Stellvertreter desselben, nimmt sie im Namen desselben in Empfang, und das Eigenthum geht auf diesen über. Beordert aber Letzterer die Waaren an den Absender zurück, wenn sie noch bei dem Spediteur liegen, so besitzt dieser sie wieder in dem Namen des Absenders.

3) Fallirt der Empfänger, ehe die Waaren ihm übersandt sind, so kann der Spediteur wegen Forderungen, die er gegen den Empfänger hat, nicht die Waaren an sich halten, um sich aus

solchen zu befriedigen, wenn der Absender sie zurückfordert, weil sie das Eigenthum des Letztern geworden sind.

4) Das Retentionsrecht findet nur da Statt, wo die Objecte der mit einander zu compensirenden Forderungen eiusdem generis sind. Sonach kann der Spediteur solches nur wegen gemachter Auslagen geltend machen, nicht aber wegen anderer Forderungen, mögen ihm solche gegen den Empfänger oder Absender zustehn.

Hiermit stimmen überein: Kleinwort (Abh. Wie weit erstreckt sich das Retentionsrecht des Spediteurs an den zu versendenden Waaren gegen den Empfänger? im Archiv d. HR. B. 1. n. VI.), Pöhls (HR. S. 284.), Mittermaier (a. a. O.).

Andere dagegen, als Trummer (Abh. Ueber die Retention des bedingt gesandten Sped.-Guts, im Archiv d. HR. B. 2. n. IX.), Bender (HR. §. 112.) sind der Meinung, daß der Spediteur die Waare, die ihm so übersandt werde, daß er sie zur Disposition des Empfängers halten solle, sogleich für diesen besitze, der Absender sogleich das freie Dispositionsrecht über die Waare verliere, und sein Widerruf des ertheilten Auftrags nur mit Einwilligung des Destinatairs Statt finde, und das Retentionsrecht auch gegen den Empfänger wegen anderer, mit dem Speditionsgeschäfte nicht connexen Forderungen Statt finde. Wenn nicht in den Particulargesetzen (wie in dem badenschen Handelsrecht Art. 100.) jener Satz: daß der Spediteur die Waare, die ihm zugesandt, so daß er sie zur Disposition des Empfängers halten soll, für den Empfänger besitze, begründet ist, läßt sich letztere Meinung nicht vertheidigen. Ist dies, so erwirbt der Empfänger durch die Erklärung des Absenders den Besitz der Waaren, welchen der Spediteur in seinem Namen ausübt. Deshalb steht auch dem Spediteur gegen den Empfänger das Retentionsrecht zu. Darin ändert im Grunde der Umstand, daß die Ordre an eine Bedingung geknüpft war, an dem Prinzipe nichts. Denn bei der bedingten Ordre ist ja gerade das Recht des Empfängers durch die Bedingung hinausgeschoben, und die Folgen aus derselben können erst eintreten, wenn die Bedingung eingetreten ist. So lange dies nicht geschah, besitzt der Empfänger noch nicht durch den Spediteur. Daher ist auch der Eintritt des Retentionsrechts von der Erfüllung der Bedingung abhängig, gleichviel, ob diese, wenn sie eine potestative war, von der Person des Spediteurs oder von der des Empfängers abhing. Daß diese Bedingung wirklich als Bedingung

der Ordre gestellt sein müsse, liegt am Tage, doch muß dabei immer auf die Absicht des Absenders Rücksicht genommen werden.

§. 772. b) (M. §. 499. n. VIII.)

Der Empfänger kann sich auch an den ersten Absender oder Spediteur der Waare halten, wenn solche beschädigt ist.

Die Spediteurs unter einander stehn in Mandatsverhältnissen, jeder ist als Mandatar des Committenten anzusehn. Wenn aber die Wahl der Spediteurs von der Willkür eines jeden abhängt, so entsteht die Frage, ob der Empfänger der Waare sich auch an den ersten dann halten kann, wenn erweislich durch seine Schuld die Beschädigung erfolgte. Daß er actio mandati gegen denselben nicht klagen könne, wenn er ihm keinen Auftrag gegeben, versteht sich von selbst. Bülow und Hagemann (Erört. B. IV. S. 438. not. h.) sind der Meinung, daß die actio in factum praetoria gegen denselben angestellt werden könne, wenn ein factum culposum zu erweisen sei. Pöhls (Handelsrecht S. 288.) nimmt an, daß nach strengem Recht eine actio negotiorum gestorum oder die cedirte Mandatsklage Statt finde: doch auch wohl die directe Mandatsklage, da die Cession der Klage nicht mehr erforderlich sei. Auf jeden Fall aber sei der erste Spediteur zur Abtretung seiner Klage gegen den Substituten verpflichtet. Heineken (de negotiatione quam vocant speditoriam. Heidelb. 1811. p. 34—37.) ist der Meinung, daß die actio negotiorum nicht gebraucht werden könne, indem die negotiorum gestio voraussetze, daß der Geschäftsführer freiwillig handle, und die L. 53. D. mandati gerade das Gegentheil bestimme. Thibaut (civil. Abhandlungen n. 20.) läßt die actio negotiorum gestorum contraria in Gemäßheit der L. 3. §. ult. de neg. gest. und L. 14. C. de neg. gest. Statt finden; und bemerkt auf die Einwendungen des Heineken, daß die L. 53. cit. hier keine Anwendung finde, indem zu bedenken sei, daß alle Fragmente im Zweifel nach der Rubrik des Titels zu verstehn sind, worunter wir sie jetzt gesetzt finden: die L. 53. aber unter dem Titel vom Mandat stehe, und in so fern blos von der Mandatsklage zu verstehn sei, wenn Papinian solche in diesem Falle abspricht; wenn man aber auch dieses Auskunftsmittel nicht zulasse, so würde nur gesagt werden können, in den Pandekten ist ein Widerspruch darüber, ob in dem erwähnten Falle die actio negot. gest. Statt habe; aber der Codex ent-

scheide ganz bestimmt für die Zulässigkeit der Klage, und daran habe sich der Praktiker zu halten.

Um richtig zu entscheiden, ist folgender Unterschied zu beobachten:

1) Der Absender ist Committent: dann hält sich der Empfänger zunächst an den Fuhrmann oder den letzten Spediteur, der ihm die Waare lieferte. Können nun diese beweisen, daß der Mangel oder die Beschädigung nicht durch sie entstanden sei, so wird der erste Spediteur in Anspruch genommen. Wenn nun aber dieser die Güter nicht an ihn adressirt und folglich mit ihm gar nicht contrahirt, so fehlt es der angestellten Klage an einem rechtlichen Grunde, und sie muß zurückgewiesen werden, weil zwischen den Spediteuren und dem Empfänger gar kein Mandatsverhältniß vorhanden ist. Der Empfänger, oder auch der Spediteur, kann daher gegen den ersten Spediteur blos die actio in factum praetoria auf Entschädigung gebrauchen, wenn er aus Vorsatz, Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit einen Schaden veranlaßt hat. Denn mit dieser Klage kann jeder auch außer einem Contracte oder durch besondere Verbrechen widerrechtlich Verletzte, wenn des Gegners Schuld oder Nachlässigkeit zu erweisen steht, zum Ersatz des ihm zugefügten Schadens gelangen (Weber v. d. natürl. Verbind. §. 46.).

Der Absender hält sich an den ersten Spediteur, dem er den Auftrag ertheilte; und kann er diesem auch nur eine culpa levissima nachweisen, welche er bei der Wahl des Folgenden begangen hat, so muß dieser vollständigen Schadenersatz leisten (L. 21. §. 3. D. de neg. gest.): s. a. Code de commerce art. 99. Il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire [a]), auquel il adresse les marchandises.

Das badensche Handelsrecht Art. 99. a. läßt nur in so fern für Zwischenspediteurs ihn haften, als der Besteller erst in vier Wochen nach der Zeit, wo die ausgebliebene Waare hätte ankommen sollen, oder fehlerhaft angekommen ist, den Versender von der Lage der Sache benachrichtigte.

Wenn nun aber dem ersten Spediteur keine culpa zur Last fällt, so muß sich auch der Absender an denjenigen verweisen lassen, der das Versehn beging, und dadurch einen Schaden veranlaßte.

2) Der Empfänger ist Committent: hier hat der Absender keine Ansprüche an den Spediteur. Der Empfänger aber

hat die Wahl, ob er den ersten oder letzten Speditеur in Anspruch nehmen will, muß sich jedoch an den, welcher den Schaden veranlaßte, verweisen lassen, wenn nämlich die sub 1) aufgestellten Bedingungen eintreten. Nur die obligatio re der Spediteure kann hier überhaupt dem Absender eine Klage geben. Diese hat er natürlich gegen jeden, also auch gegen den ersten Spediteur, wenn dieser den Schaden veranlaßte. Die Spediteure unter einander haften, wie alle Mandatare, für jede culpa, wenn der Vorgänger Committent des Folgenden war; sonst nur re, in so fern der eine einen Regreß gegen den andern hat (Pöhls a. a. O. S. 287.).

a) Erhard in d. Uebersetzung S. 24. übersetzt dieses Wort durch Zwischen-Commissaire: Bender HR. S. 239. zweifelt daran, daß es mit Nachmann richtig übersetzt sei.

§. 773. (M. §. 500. I. a.)

Die Compagnons sind in solidum verpflichtet, und das beneficium divisionis hat nicht Statt.

Ueber die Frage: in wie weit Mitglieder einer Compagniehandlung aus den im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften haften, giebt es verschiedene Meinungen.

Einige unterscheiden, ob die Gesellschafter, während die Societät noch dauert, oder erst nach Aufhebung derselben belangt werden. In dem erstern Falle sollen sie in solidum, in dem letztern pro rata haften. Hellfeld (iurispr. for. §. 970.), Madihn (Princ. iur. rom. P. II. §. 210.), Gmelin (von Auff. über Verträge und von Schuld- und Pfandverschreibungen §. 106. Not. x. S. 207.), Müller (Observ. pract. ad Leyserum T. II. fasc. I. obs. 384.), Oelze (Diss. Quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur? Helm. 1784.). Andere sind der Meinung, daß sie blos pro rata haften. Lauterbach (Diss. de sociorum obligat., quae oritur ex conventione cum extraneis inita. Tub. 1668. §. 34. Cap. VII.), Westenberg (Princ. iur. rom. sec. ord. Pand. Tit. pro Socio §. 41.), Hofacker (Princ. iur. civ. T. III. §. 2008.), Höpfner (Comment. über die Inst. §. 912.), Malblanc (Princ. iur. rom. P. II. §. 532.), Thibaut (System d. PR. B. 2. §. 885.), v. Glück (P.-Comm. Th. XV. S. 464.). Noch Andere, als Carpzov (P. II. const. 17. Def. 12.), Berger (oec. iur. Lib. III. tit. 5. §. 32. not. s. p. 521. ed. Winckler.), Mencken (Synt.

iur. civ. Lib. XVII. tit. 2. §. 19.), Wernher (P. III. obs. 79.), Leyser (Sp. 185. med. 6.), Kind (Quaest. for. T. IV. q. 17. ed. II., welcher zugleich ein appellationsgerichtl. Erkenntniß anführt, in welchem diese Meinung bestätigt wird), Martens (HR. §. 21.), Bender (HR. §. 150. n. 2.), Treitschke (Die Lehre von Erwerbsgesellschaften. Leipzig 1825. §. 58.), Haubold (Sächs. PR. §. 289 a.), Mittermaier (a. a. O.) sind der Meinung, daß sie in solidum verbunden sind, womit auch das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 647. und der Code de commerce art. 22. übereinstimmt; s. a. Lübisches Recht Lib. III. tit. IX. art. 5., Nürnberger Reform. Tit. XVIII. n. 3., Hamb. Statuten P. II. tit. 8. art. 8.

Letztere Meinung ist die richtigere, wenn sie gleich nicht nach dem römischen Recht vertheidigt werden kann. Denn in der L. 4. D. de exerc. act. heißt es: si plures per se navem exerceant, proportionibus exercit. conveniuntur. Die Exercitoren sind aber Gesellschafter. Aus der L. 27. D. pro Socio kann nicht das Gegentheil erwiesen werden; denn wenn es hier heißt: omne aes alienum, quod manente societate contractum est, et communi solvendum est: licet postquam societas distracta est, solutum sit: igitur et si sub conditione promiserat, et distracta societate, conditio extitit ex communi solvendum est, — so würde das Gesetz, wenn man die Worte de communi solvendum von einer Correalobligation verstehen wollte, zu viel beweisen: denn alsdann würden die Gesellschafter auch nach Aufhebung der Societät in solidum haften. Der Sinn des Gesetzes ist vielmehr blos der, alle Schulden, welche während der Gesellschaft und um deretwillen gemacht wurden, sollen aus dem gemeinschaftlichen Vermögen bezahlt werden, ohne Unterschied, die Gesellschaft bestehe noch oder sei aufgelöst (Gren Diss. de solutione nominum societatis ex communi prae aliis socii obaerati debitis. Lps. 1769.).

Hat einer der Compagnons das Ganze bezahlt, so kann er gegen die Uebrigen die actio pro socio oder de communi dividundo anstellen, und jeden anhalten, verhältnißmäßig das Seine zu bezahlen.

Diese Grundsätze sind vorzüglich da anzuwenden, wenn die Handlung unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben wird.

(Schweitzer Diss. Quaestionum forens. de firma mercat. sp. Lps. 1803. p. 22. 33.)

Haben die Compagnons unter einander den Vertrag abgeschlossen, daß jeder nur pro rata haften soll, so ist zwar dieser Vertrag für die Contrahenten, nicht aber für einen Dritten verbindlich, wenn solcher nicht öffentlich bekannt gemacht ist.

Kind (a. a. O. p. 95.) bemerkt ganz richtig: Procul igitur distant mores Germanorum a placitis Romanorum — quatenus de administratione negotiorum societatis ac de obligatione inde descendente quaeritur. Alia differentia et in eo conspicua est, quod socii ad dissolvendum aes alienum societatis caussa contractum non solum tunc, ubi per institorem mandato instructum contraxerunt, sed etiam in reliquis casibus adeoque generatim in solidum ita obstricti sint, ut beneficio divisionis haud utantur. Id enim in omnibus fere locis mercatura florentibus propterea fuit receptum, quod sic commerciis sociorum admodum prospiciatur. — Dann fährt er p. 96. fort: Ecquis enim sociis mutuam daturus esset pecuniam, si contra hoc actio in solidum, sed pro rata competeret. Cum itaque sociorum obligatio in solidum haud parum faciat ad augendam fidem, qua praecipue stare commercia videntur, in omnibus fere emporiis aliisque locis mercatoriis prudenti consilio statutum est, ut socii ex contractu sive ab omnibus, sive ab uno ex illis, sive ab institore societatis caussa inito in solidum teneantur.

In Florenz, Venedig ist dieser Grundsatz, wie Paulus de castro (ad l. 1. §. fin. D. de exerc. act. n. 3.) bemerkt, ausdrücklich angenommen: in Antwerpen nach dem Zeugniß Neostadius (in cur. holl. Decis. 49.), in den Ordonnances sur les commerces T. IV. art. VII., in der Nürnb. Reformation a. a. O.

Anmerk. Die Frage: ob der, einem wegen Privatschulden in Insolvenz gerathenen Handelsgesellschafter zustehende ganze Antheil an der gemeinschaftlichen Handlung (sein Bruttoguthaben) zu gleichmäßiger Befriedigung der Handlungs= sowohl als seiner Privatschulden zu verwenden, oder ob den übrigen Compagnons nur sein Nettoguthaben in dessen Massa abzuliefern sei (d. i. so viel, als nach Abzug des von ihm zu den Handelsschulden beizutragenden, von den übrigen Theilhabern aber vermöge der obligatio in

solidum gegen die Gläubiger zu vertretenden Antheils als reiner Ueberschuß verbleibt), ist nach der Praxis für die erste Ansicht zu entscheiden. Kind (a. a. O. p. 88.), Treitschke (a. a. O. §. 100.), Haubold (Diss. ad LL. XII. u. XXVII. D. pro Socio. Lps. 1823.).

§. 774. (M. §. 502. n. I.)

Der stille Compagnon kann an den Handelsgeschäften Antheil nehmen.

Der Code de commerce art. 27. bestimmt: L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration. Allein die Bestimmung, welche auch nur auf die Bailleurs de fonds sich bezieht, wird in Frankreich nicht in der Ausdehnung genommen, daß kein commis ou agent optionnaire ou interessé zu dulden, oder er gleich einem associé en nom collectif für solidarisch verpflichtet zu erklären sei, sondern man betrachtet eine solche Vereinbarung weniger als eine Societät, als wie eine Gehaltsstipulation, was sie ihrem Zwecke, wenn gleich nicht der Form nach, eigentlich auch nur ist.

Nach dem gemeinen Recht ist kein Grund vorhanden, eine solche Vereinbarung beider Eigenschaften als unerlaubt anzusehn. Hiermit stimmen überein Vincens (Exposition raisonnée de la legislation commerciale Liv. IV. ch. 2. §. 14. T. I. p. 313. 4.), Heise und Cropp (jurist. Abh. Th. I. S. 4. not. 6.), Mittermaier (a. a. O.). Das Gegentheil vertheidigt Pardessus (cours de droit commercial P. 4. tit. 2. ch. 2. sect. 1. n. 1030. T. 4. p. 115. 6.).

§. 775. (M. §. 502. n. VII.)

Der stille Compagnon ist nicht verbunden, den frühern Gewinn, welchen er durch die Gesellschaft erhalten hat, dann herauszugeben, wenn die Gesellschaft in der Folge einen Verlust erhält.

Gewöhnlich ist es, daß bei Societätshandlungen die Rechnung jährlich abgeschlossen, Gewinn und Verlust getheilt wird. Erhält der Associe einen Ueberschuß, so geht dieser in sein Privatvermögen über, und entsteht in der Folge ein Verlust, so haftet zwar dafür das Gesellschaftsvermögen, nicht aber das Privatvermögen; auch kann dagegen die gemeinrechtliche Regel: lucrum

non intelligitur, nisi omni damno detracto, vorgeschützt werden, indem das damnum alljährlich zu berechnen ist; wie wollte man sonst auch mit den Zinsen verfahren, die ja doch, wenn der jährliche Gewinn stehen bleibt, berechnet werden?

Mit dieser richtigen Meinung stimmt überein: Bender (Handelsrecht S. 321.), Bielitz (Comment. z. pr. LR. B. VI. S. 263.). Das Gegentheil nehmen an Savary (parfait negoc. in den parères n. 21.), Pardessus (IV. p. 120.), Vincens (T. I. p. 319 — 322.), der franz. Cassationshof (Spruch v. 14. Febr. 1810. Pierey recueil général. de 1812. T. II. p. 25., de 1813. T. I. p. 105.), Pöhls (a. a. O. S. 222.), Mittermaier (a. a. O.).

§. 776. (M. §. 500. I. c.)

Durch den Tod des einen Gesellschafters hört, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist, die Handelsgesellschaft auf.

Die L. 65. §. 9. D. pro socio bestimmt: morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit; und in L. 65. §. 11.: societas ad heredes socii non transit. Der Grund ist, theils, weil es bei der Gesellschaft auf persönliches Zutrauen ankommt, der Gesellschaft Niemand wider ihren Willen aufgedrungen werden kann, theils, weil Niemand genöthigt werden kann, in eine Gesellschaft zu treten. Ob nun diese Bestimmungen auch auf die Mascopeien anwendbar sind, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Lauterbach (Diss. de iure in curia mercatorum usitato §. 76.), Wernher (Select. observ. for. T. I. P. I. obs. 167.), Stryck (Diss. de divers. socior. pactis §. 32.), Müller (Observat. pract. T. II. fasc. 1. obs. 386.), Hochstetter (annot. ad P. II. iur. würt. §. 19.), Motz (de socii mercatorii defuncti heredibus. Heidelb. 1816.) sind der entgegengesetzten Meinung, allein ohne allen Grund. Uebereinstimmend sind Leyser (Med. ad Pand. Vol. III. sp. CLXXXVI. Coroll. p. 388.), Griesinger (Comm. zum. würt. LR. B. 2. §. 122. S. 391.), Glück (Pand.-Comm. Th. XV. S. 472.), Mittermaier (a. a. O.). Auf diesen Grundsatz gestützt hat auch die Pr. Gesetzcommission d. 23. Mai 1782. (Kleins Annalen B. I. S. 30.) die Frage: ob ein Handelsgesellschafter, nachdem die Gesellschaft durch den Tod getrennt worden, den

Erben des verstorbenen Gesellschafters von dieser Zeit an zur Berechnung des Gewinns und Verlusts oder nur zur Zahlung der Zinsen verpflichtet sei, dahin entschieden, daß er nur verbunden von dieser Zeit an landübliche Zinsen des Societätsbestandes zu entrichten.

Von diesem richtigen Grundsatz weichen aber mehrere Particulairgesetze ab. Frankfurter Reformation Th. II. tit. 23. §. 6. (Orth Anmerk. 1. Forts. S. 519.), Nürnberger Reformation tit. 18. art. 7., Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 661., wo es heißt: „Stirbt ein Gesellschafter, welcher der gemeinschaftlichen Handlung oder einem Theile derselben mit vorgestanden hat, so sind, im Mangel entgegenstehender gültiger Verabredungen, die Erben desselben berechtigt, mit dem Ablaufe des nach §. 643. b) zu bestimmenden Societätsjahres, in welchem das Absterben erfolgt ist, die Societät zu verlassen;" in §. 662.: „Auf gleiche Art sind die übrigen Mitglieder befugt, den Erben der Societät zu kündigen;" §. 663.: „Bis zum Ablaufe des Jahres nehmen die Erben an dem Gewinne oder Verlust der Societät gleich dem Erblasser Theil."

b) Hier heißt es: „Bei dem Mangel anderer Bestimmungen muß dies am Ende des Monats December in jedem Jahre geschehn."

§. 777. (M. §. 500. n. I.)

Die Berechnung des Gewinns und Verlustes geschieht nicht arithmetisch, sondern geometrisch.

Daß die Vertheilung des Verlustes und Gewinnstes nach dem Verhältniß der Beiträge und nicht nach der Anzahl der Gesellschaftsmitglieder erfolge, ist, wenn nicht durch Vertrag etwas anderes bestimmt ist,

1) der Natur der Sache gemäß, indem durch die arithmetische Vertheilung der größte Nachtheil für die einzelnen Mitglieder entstehn würde;

2) bestimmen solches auch die römischen Gesetze, welche in Subsidium zur Anwendung kommen.

In der L. 6. D. pro socio heißt es: conventus est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit; in L. 80. D. eodem: Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis

partibus socius esset? Illud potest, conveniens esset viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii sumus, veluti si alter plus operae, industriae, gratiae, pecuniae in societatem collaturus erat. In L. 78. D. eodem wird noch bemerkt: eo magis sc. arbitrium viri boni sequendum esse, quod iudicium pro socio bonae fidei est.

3) Dieser richtige Grundsatz ist auch in mehrern Landesgesetzen angenommen. — Lübisches Recht Lib. III. tit. 9. art. 3. Ius culmense Lib. IV. tit. 8. c. 10. Nürnberger Reformat. Tit. 18. art. 1. Codex Max. Bav. Th. IV. c. 8. §. 6. Pr. LR. Th. I. tit. 17. §. 251. Auch vertheidigen solchen die meisten Rechtsgelehrten: de Cramer (Diatr. Partes aequales in lucro et damno sociorum spectandas explicans et regulam societatis arithmeticorum in usum iure consultorum inde demonstrans in opusc. T. III. n. 21. p. 567.), v. Kreitmeier (Anmerk. z. Cod. Max. Th. IV. K. 8. S. 506.), Glück (Pand.-Comm. Th. 15. S. 406.), Bender (HR. S. 313.), Siewert (Materialien z. wiss. Erklärung der pr. LG. Heft 7. S. 167.), Schuncken (pr. Handelsrecht B. I. §. 332.), Mittermaier (a. a. O.). Die, welche der entgegengesetzten Meinung sind, als Griesinger (Commentar über das würt. Landrecht B. 2. S. 368.), Winckler (in access. ad Bergeri oec. iur. Lib. VI. tit. V. §. 31. not. 4.), Crell (Diss. de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis. Vit. 1735.) berufen sich vorzüglich auf die L. 29. D. pro socio, wo es heißt: si non fuerint partes societati adiectae aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cuiusque alterius rei causa; unter aequae partes wären aber Kopftheile zu verstehn. Allein diese Stelle scheint mehr zur Unterstützung der erstern Meinung zu dienen, denn wenn Ulpian sagt: si non fuerint partes societati adiectae aequas eas esse constat, so ist dies unstreitig eine Regel, welche derselbe für den Fall aufstellt, wenn es ungewiß ist, wie viel jeder zum Fond der Gesellschaft beigetragen hat. Da hier im Zweifel keine Ungleichheit der Beiträge anzunehmen ist, so muß der Richter auch bei Vertheilung des Gewinnes Kopftheile machen [c]).

c) Die weitere Ausführung s. bei Glück a. a. O.

§. 778.

Im Concurs steht dem socius des Cridars wegen der Societäts-forderungen das ius separationis nicht zu.

Mehrere, als Dabelow (Concurs S. 353.), sind zwar der Meinung, daß dem socius des Gemeinschuldners ein Separationsrecht wegen der Societätsforderungen zustehe, allein mit Recht wird diese Meinung von Andern, Schweppe (System d. Concurses der Gläubiger S. 258.) verworfen.

§. 779. (M. §. 505.)

Das römische Recht kann in der Lehre von Empfehlung der Kaufleute in Anwendung gebracht werden.

Von Mehrern, als Carpzov (Iurispr. for. p. II. c. 18. Def. 24.), Stryck (u. m. P. L. 17. tit. 1. §. 10.), Marquard (de iure mercat. Lib. II. c. XI. §. 67.), Wernher (Observ. T. I. obs. 167.), Höpfner (Comment. über die röm. Institut. §. 919. n. 5.) wird angenommen, daß in der Lehre von kaufmännischen Empfehlungen das römische Recht unanwendbar sei, und daß die Kaufleute aus Empfehlungen wie aus Bürgschaften verbunden wären. Carpzov sagt (a. a. O.): Inter mercatores etiam persuasionem ac rogationem de credendo merces alicui ignoto obligationem inducere. — quod semper fidei iubere censentur, et quia in mercatoribus fides requiritur exuberantissima.

Diese Meinung wird durch folgende Gründe unterstützt:

1) Von dem römischen Recht ließe sich überhaupt nur ein sehr eingeschränkter Gebrauch in Handelsangelegenheiten machen, es sei vielmehr auf den Handelsgebrauch und auf die Observanzen unter Kaufleuten Rücksicht zu nehmen.

2) Die Natur und die Beschaffenheit des Handels selbst bringe es mit sich, daß hier eine strengere Verpflichtung eintrete, als bei Andern, die nicht Kaufleute sind. Ohne wechselseitiges Zutrauen könne kein lebhafter Handel Statt finden, der gute Fortgang der Geschäfte hänge von der Zuverlässigkeit der kaufmännischen Aeußerungen ab. Bei den Ausdrücken, welcher sich die Kaufleute bedienen, wodurch sie Jemandem anrathen, ein Geschäft mit einem Andern einzugehn, komme es nicht auf die Worte, sondern auf die Absicht an; sonach können auch Willenserklärungen, wenn gleich

die äußere Form nicht beobachtet, dennoch für den Kaufmann verpflichtend werden, so bald nur aus der Handlung selbst die Absicht sich zu empfehlen mit Wahrscheinlichkeit hervorgehe. In frühern Zeiten wären die Handelsgeschäfte vorzüglich auf Messen und Märkten betrieben und alles summarisch behandelt worden; die Handelsgerichte wären nicht im Stande gewesen, streng nach den Gesetzen zu richten, hätten manche Einwendungen, welche die Rechtsgelehrten zulassen, verwerfen müssen, um das Vertrauen des Handels aufrecht zu erhalten; und unter diesen Umständen sei es schwer gewesen, Empfehlungen von Bürgschaften zu unterscheiden; und wie oft sei nicht hinter einer Empfehlung ein Auftrag verborgen gewesen; wie oft empfehle nicht ein Kaufmann seinen zahlungsunfähigen Schuldner als zahlungsfähig, damit er durch den neuen Credit in Stand gesetzt werde, ihn zu bezahlen. Der größte Nachtheil würde entstehn, wenn unter den Kaufleuten dieser Grundsatz nicht angenommen würde; von einem Kaufmann sei die größte Treue zu verlangen, er werde sich daher wohl in Acht nehmen, Jemanden zu empfehlen, indem er wisse, welche Nachtheile für ihn daraus entspringen würden.

3) Sei die unter den Kaufleuten übliche Observanz in einem Gesetz bestätigt, daß in vielen Handelsstädten angenommen, nämlich im Lübischen Recht, wo in dem B. III. tit. 10. Folgendes bestimmt ist:

> Will jemand einem Fremden sein Gut nicht verkaufen, und ein Anderer steht dabei und sagt: ihr mögt es ihm wohl vertrauen, die Bezahlung wird euch wohl: wird der Verkäufer von dem Käufer nicht bezahlt, so muß derjenige zahlen, welcher den Fremden loben that, wodurch der Verkäufer verführt worden [d]).

Dieses Gesetz enthalte eine wichtige Abweichung von dem römischen Recht, und sei auf den Grundsatz gestützt, du mußt deinen Glauben da wieder suchen, wo du ihn gelassen hast [e]).

Eben so enthalte auch das Hamburger Statut Th. II. P. XII. tit. 2. eine wichtige Abweichung von dem römischen Recht; es heißt hier:

> Würde jemand einen guten Freund dem andern bittlich commendiren, so soll er dadurch verpflichtet werden, und hinwiederum da einer nicht aus Vorsatz, wie ein Anwalt, sondern aus Freundschaft zu dienen sich anerbeut, wird damit zur Anwartschaft nicht verpflichtet [f]).

Auch neuere Gesetze, unter andern das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 703—712., hätten diese Grundsätze angenommen.

Allein mit Recht wird diese Meinung von Andern verworfen. Ranger (de eo quod iustum est circa consilia. Reg. 1640.), Fromann (Diss. de commendatione. Tub. 1669.), v. Kreitmeier (Anmerk. z. Cod. Max. Th. IV. Kap. 9. §. 3. n. 4.), Mantzel (de commend. in sp. Butz. 1763.), Plössing (fideiiussio et commendatio utr. inter mercator. admittat benef. ordinis. Lps. 1795.), Pavenstett (Diss. de mand. consil. s. de commendat. inter mercat. Goett. 1800.), Haubold (Sächs. Privatrecht §. 300.), Thibaut (Versuche I. n. 8.), Kleins (Rechtsfälle B. III. n. XV.), Archiv f. civ. Praxis B. II. und B. XI.), Bender (a. a. O. §. 156.), Pöhls (a. a. O. B. I. §. 93.). Denn

1) läßt sich kein Grund denken, warum das auf gesunde und praktische Erwägung gebaute römische Recht nicht hier bei den Kaufleuten Anwendung finden soll. Bei denselben kommen Empfehlungen und Rathertheilungen weit öfter vor, als bei andern. Credit ist die Seele des Handels, ohne Treue und Glauben kann jener nicht Statt finden. Nicht ein jeder Kaufmann, der Credit verdient, ist bekannt, in großen Handelsstädten erfolgen Anfragen auf der Börse, in andern geschieht es schriftlich oder mündlich. Der Empfehlende legt nicht jedes Wort auf die Wagschale, indem er doch voraussetzen kann, daß der Anfragende selbst alles genau prüfen werde. Wollte man nun jeder Empfehlung die Kraft einer Bürgschaft beilegen, so würde auf der einen Seite den Betrügereien und leichtsinnigsten Uebertreibungen jeder Weg geöffnet sein, auf der andern Seite aber würde dadurch die Lebhaftigkeit des Handels selbst gehindert werden, indem jeder sonst redlich gesinnte Kaufmann zurückhalten würde, eine Erklärung zu geben, weil das Handelshaus, das er jetzt genau kennt und gut steht, in kurzer Zeit durch unerwartete Conjuncturen in Verfall gerathen kann. Es ist daher kein Grund vorhanden, bei Kaufleuten einen andern Grundsatz anzunehmen, als den, welchen das römische Recht bestimmt hat, daß ein guter Rath unverbindlich sei.

In §. 6. I. de mandato heißt es: Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potius in emtionem praediorum colloces, quam foeneres: vel ex diverso ut foeneres potius, quam in emtionem

praediorum colloces. Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi expediat ei, cui dabatur, quum liberum cuique sit apud se explorare, an expediat consilium.

In L. 19. D. de ed. aed. heißt es: sciendum est quaedam, etsi dixerit, praestare eum non debere, quae ad nudam laudem servi pertinent, veluti si dixerit frugi prolium, dicto audientem.

L. 18. p. D. de ed. aed. — Ut enim Peduis scribit, multum interest commendandi servi causa dixerit, an vero praestaturum se promiserit, quod dixit.

2) Wenn auch noch so viele statutarische und Land-Rechte den Grundsatz enthielten, daß durch eine kaufmännische Empfehlung ein gleicher Grund als wie durch die Bürgschaft entspringe, so würde dadurch noch kein gemeines Recht begründet werden. Wenn sich auf eine Gewohnheit berufen wird, so findet sich, daß solche ganz ungegründet sei. Vorzüglich wird nun auf das Lübische Recht ein besonderes Gewicht gelegt. Abgesehn davon, daß, wenn auch solches in den Handelsstädten großes Ansehn erhalten hat, dennoch dadurch demselben keine allgemeine verbindliche und dem römischen Rechte derogirende Kraft beizulegen ist, so enthält die angeführte Stelle nicht das, was von den Gegnern angenommen wird. Erforscht man den Sinn der angeführten Stelle genauer, so findet es sich, daß von einem Mandat die Rede ist, welches aber hinter der Form eines guten Raths versteckt worden; doch ist das Ganze mehr auf einen betrügerischen Rath (consilium dolosum), als auf ein mandatum gerichtet. Die Ueberschrift „von Befehlung, welche rathweise geschieht," harmonirt nicht ganz mit dem Inhalte, allein wie Mevius (Comm. ad ius lub. in Prolog. Q. X. n. 14.) richtig bemerkt, kommt es vorzüglich auf letztern an.

Was das Hamburger Statut betrifft, so gestehn die Hamburger Juristen, als Klefecker (Samml. Hamb. Ges. Th. 4. S. 701.), daß es keine erschöpfende Bestimmung enthalte, und sonach auf das römische Recht zurückgegangen werden müsse. Wenn gleich das Pr. LR. sehr genaue und von dem gemeinen Recht abweichende Bestimmungen in dieser Lehre aufstellt, welche die Aufrechthaltung des Credits zum Zweck haben, so kann doch daraus die Existenz einer vorhandenen allgemeinen kaufmännischen Obser-

vanz nicht hergeleitet werden. Wenn nun nach der richtigen Meinung das römische Recht in dieser Lehre zur Anwendung kommt, so entsteht die ebenfalls bestrittene Frage: ob nicht zwischen der allgemeinen und besondern Empfehlung unterschieden werden müsse. Höpfner (a. a. O.) und Müller (**ad Leyseri Med. sp. 182. m. 2.**) sind dieser Meinung und halten letztere für verbindlich. Wenn man unter der allgemeinen eine solche versteht, die auf keine bestimmte Person oder Sache gerichtet ist, unter der besondern aber eine solche, wo dies geschieht, so sind die Wirkungen beider gleich, sonach unverbindlich. Denn es tritt hier der Grund ein, daß der Empfehlende so wenig beabsichtigte, sich zu verpflichten, als sich der, dem jemand empfohlen wird, anheischig machte auf diese Empfehlung hin, sich mit der Person einzulassen oder über die Waare einen Handel abzuschließen. Dieser Unterschied hat überhaupt den Fehler, daß Rath und Empfehlung zusammengeworfen werden; was unter der allgemeinen Empfehlung verstanden wird, ist weiter nichts als Rath. Auch sind die Gesetze, worauf sich bei diesem Unterschied berufen wird, nämlich die **L. 18** und **19. D. de ed. aed.**, nicht beweisend. Es wird hier in der letztern Stelle nämlich ein lästiger Vertrag vorausgesetzt, und bemerkt, daß auch bei einer allgemeinen Anpreisung einiger bestimmter Eigenschaften die Gewährsleistung wegfalle, weil bloße Gemüthseigenschaften mangeln, welche auf den Körper weiter keinen Einfluß haben. Aus der erstern Stelle ersieht man aber, daß selbst bei Verträgen, wo gewisse Eigenschaften der Person und Sache gewährt werden müssen, dennoch zu unterscheiden ist, ob jemand den Gegenstand des Vertrags blos gelobt oder eine Verbindlichkeit, die gelobte Eigenschaft zu gewähren, übernommen hat.

Wenn man aber diesem Unterschied einen andern Sinn unterlegt, und unter der allgemeinen Empfehlung eine solche versteht, wodurch der eine den andern bewegen will, etwas zu thun, ohne sich zu verbinden, unter der besondern aber die, bei welcher der Empfehlende zugleich die Absicht hat, sich zu verpflichten, und der, dem empfohlen wird, durch diese Empfehlung bewogen wird, etwas zu thun, was er ohne diese nicht gethan haben würde, so scheint dieser Unterschied juristisch wichtig, weil er zugleich auf ein bestimmtes Resultat führt, und sowohl beim Rath als Empfehlung anwendbar ist. Die specielle Empfehlung ist verbindlich, denn wenn

sie gleich nicht Mandat ist, indem nach dem gemeinen Recht zum Begriff desselben erfordert wird, daß der Mandant selbst ein Interesse dabei hat (**L. 2. §. 6. D. mandati**), und der Auftrag, bei welchem solches ermangelt, mehr ein Rath genannt wird, und daher unverbindlich ist, so ist es doch als ein qualificirtes Mandat zu betrachten, da der Empfehlende sowohl selbst die Gefahr übernommen, als der Andere, dem gerathen und empfohlen wird, nur dadurch bestimmt wurde, die Sache zu thun. Hier stimmt überein Trummer (über kaufmännische Rathschl. und Empfehl. im Archiv d. HR. B. I. Heft III. n. 15.).

d) Dreyer Einl. z. Lüb. R. S. 275. Westphal de origine et fontibus iur. lubec. Rostoch. 1727. Kamptz mecklenb. Civilrecht S. 36. Staatsbürgerl. Magazin, herausgegeben v. Carstens und Falck B. IV. St. 1. n. VI. S. 83.
e) Stein Abh. z. Lüb. Recht Th. 3. §. 216.
f) Archiv des Handelsrechts B. I. S. 249.

§. 779. b) (M. §. 505.)

Wenn Jemand unaufgefordert einen Andern empfiehlt, so haftet er für dolus und culpa, geschah es nach vorhergegangener Anfrage, blos für den dolus.

Rübel (in **Kirchov vanor. consilia. ed. Frankf. 1605.**), Berger (**Resolutiones L. L. obst. L. 17. T. I. Q. 1.**), Martens (Handelsrecht §. 19.) und Trummer (a. a. O. S. 255.) machen den Unterschied bei der Empfehlung: ob ein Kaufmann freiwillig einen zu der Zeit schon unsichern oder unzuverlässigen Mann empfiehlt, oder ob die Empfehlung auf Anfrage des dritten Kaufmanns erfolgte; in jenem Fall soll er schuldig sein den daraus erwachsenden Schaden zu ersetzen, wenn er dieses mandatum consilii wider besser Wissen oder auch nur aus einem vermeidlichen Irrthum gab, in diesem Fall aber soll er nur für die Unterlassung des mittlern Grades des Fleißes verantwortlich sein.

Mittermaier (a. a. O.) und Bender (a. a. O. §. 156. n. 2. S. 349.) sind der entgegengesetzten Meinung. Letzterer äußert sich dahin: Wird Jemand als zutrauenswerth geschildert, gleichviel, ob geradezu oder auf vorhergegangene Anfrage, so ist die Stellung des Empfehlenden oder Rathenden so zu beurtheilen: sein Urtheil ist das eines Einzelnen, dieser sagt aus, was er selbst oder von Andern erfahren hat. Hier kann nun der Eine einen Mann für höchst solid halten, ein Anderer denselben Mann aber

für weniger oder gar nicht zuverlässig: mehr als seine Ueberzeugung Dritten mitzutheilen, kann von keinem Menschen begehrt werden. So wenig es nun eine Injurie ist, wenn ein Mann als Wagehals geschildert wird, wobei man die Absicht nicht hat, ihn herabzusetzen, sondern nur einen Freund vor möglichem Nachtheil, als Freund nach Kräften schützen will; eben so wenig kann man behaupten, der Empfehlende oder Rathende werden dadurch wie ein Bürge verpflichtet. Er sagt nur aus, was er erfahren hat, und es steht ja dem Anfrager frei, ob er sich mit diesem einen Urtheil begnügen oder noch andere einholen wolle; begnügt er sich mit einem Urtheil, so ist dies seine Sache, er übernimmt dann jede Gefahr daraus.

Allein alles dieses ist von wenigem Gewicht, und der angegebene Unterschied gewiß sehr nichtig: denn wenn jemand unaufgefordert einen Andern empfiehlt, so ist die Absicht, sich verpflichten zu wollen, viel wahrscheinlicher, als wenn er auf eine Anfrage zur Empfehlung veranlaßt wird. Denn in jenem Fall liegt ein besonderes Interesse zu Grunde, sei es nun, sich selbst Vortheile zu verschaffen oder dem Empfohlenen solche zu bewirken. Es liegt zum Theil dabei eine specielle Empfehlung zu Grunde, welche, wenn sie von andern Umständen begleitet, verpflichtend wird. Daher ist die Bestimmung des Pr. L.R. sehr zweckmäßig. Es heißt in Th. II. tit. 8. §. 703.: Hat ein Kaufmann jemanden von mißlichen Vermögensumständen oder unzuverlässigem Charakter einem andern Kaufmann wider besseres Wissen als einen sichern, guten Mann empfohlen, so muß er allen Schaden ersetzen, welcher bei den durch diese falsche Empfehlung unmittelbar veranlaßten Geschäften aus dem Vermögen oder unzuverlässigem Charakter des Empfohlenen entsteht. §. 705. Ist die Empfehlung auf vorhergegangene Anfrage des andern Kaufmanns erfolgt, so haftet er nur für ein grobes Versehn.

§. 780. (M. §. 506.)

Der Aussteller des Creditbriefs haftet nicht immer principaliter.

Stryck (Diss. de fide habita v. Credithandlungen. Frankf. 1678. Cap. III. n. 47.) ist der Meinung, daß der Aussteller des Creditbriefs in subsidium hafte, ihm sonach die exceptio ordinis zustehe, wenn er von dem Gläubiger früher in Anspruch genommen werde, als der, welcher das Geld empfangen. Pöhls (Han-

delsrecht. S. 204.) ist dagegen der Meinung, daß man sich blos an den Aussteller, nicht aber an den halten könne, welcher das Geld erhoben hat. Denn wenn auch das römische Recht (**L. 7. C. mandat.**) gegen den letztern eine Klage gestatte, so rühre dies daher, weil in diesem Gesetze nicht von Creditbriefen in dem heutigen Sinne die Rede sei, sondern der Fall vorausgesetzt werde, daß der Ueberbringer selbst das Geld borgt und nur von dem Aussteller des Briefes dazu empfohlen sei. Bei einem Creditbrief sei aber das charakterische Merkmal, daß der Schreiber den Auftrag ertheilt, dem Ueberbringer das Geld für seine (des Schreibers) Rechnung auszuzahlen; wobei denn der Zahlende sich weder um die Person des Empfängers, noch um das Verhältniß zu dem Schreiber zu bekümmern brauche. Im Zweifel werde auch wohl bei jeder Honorirung eines Creditbriefes nur dem Aussteller Credit gegeben. Wenn er ferner in **not. 3.** bemerkt, daß mit seiner Ansicht das Pr. L R. Th. **II. tit.** 8. §. 710. 712. übereinstimme, so ist dies recht. Denn in §. 710. heißt es: daß, wenn ein Kaufmann einem andern Kaufmann schriftlich oder mündlich erklärt, daß derselbe einem Dritten auf seine Gefahr Credit zu geben, dieser als Bürge zu betrachten sei, und hier alles dasjenige zur Anwendung komme, was in Th. **I. tit. XIV.** §. 258. bestimmt ist. Denn in §. 712. wird gesagt, daß, wenn ein Kaufmann an jemanden einen Creditbrief ertheilt, und seinen Correspondenten angewiesen, dem Ueberbringer auf seine Rechnung zu zahlen, jener als Hauptschuldner verhaftet sei; so wird doch in jenem Fall vorausgesetzt, daß erst der in Anspruch genommen ist, der das Geld empfangen hat, denn in §. 283. Th. **I. tit. XIV.** heißt es: In der Regel kann der Gläubiger sich an den Bürgen nicht eher halten, als bis er durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner erwiesen hat, daß dieser seine Verbindlichkeit zu erfüllen ganz oder zum Theil nicht im Stande ist.

Nach der richtigern, von Mehrern, als Bender (Handelsrecht S. 348.), Neustetel (Archiv der civ. Praxis B. II. S. 39.) und Mittermaier (a. a. O.) angenommenen Meinung ist Folgendes zu unterscheiden:

1) wenn der Aussteller des Creditbriefs den Kaufmann blos beauftragt, dem Ueberbringer Credit zu ertheilen: so ist ein **mandatum de credendo**, der Empfänger Hauptschuldner, der Aussteller aber blos subsidiarisch als Bürge verhaftet. In **L. 12. §. 12. D. mandati** heißt es: **Cum quidam talem epistolam scripsisset**

amico suo: rogo te, commendatum habeas Sextulum crescentem, amicum meum, non obligatur mandati, quia commendandi magis hominis, quam mandandi scripta est. Sonach muß der Angewiesene, wenn er dem Empfohlenen Credit gegeben, sich erst an letztern halten.

2) Wenn dagegen in dem Creditbriefe bestimmt ist, daß dem Ueberbringer so und so viel bezahlt werden soll, sonach ein mandatum de solvendo vorhanden, so haftet der Aussteller nicht als Bürge, sondern als Hauptschuldner. L. 7. C. mandati.

Es ist sonach ein wichtiger Unterschied zwischen Creditauftrag und Creditbrief; von welchen beiden sich die Empfehlung unterscheidet, die der Regel nach für den, welcher sie ertheilte, unverbindlich ist, wenn sie

1) nicht in betrügerischer Absicht geschah;

2) wenn sie nicht speciell ertheilt wurde[8]);

3) wenn der, dem die Empfehlung geschah, ohne die Empfehlung nicht gehandelt haben würde, und er beweisen kann, daß ihn die Uebernahme der Verbindlichkeit durch den Empfehler zu handeln veranlaßte;

4) wenn sie nicht nach vorhergegangener Anfrage desjenigen geschah, der dadurch Schaden erlitten hat.

Allein der Empfehlende wird auch in diesen Fällen von der Vertretung frei:

1) wenn nicht erwiesen werden kann, daß der Beschädigte sich durch die Empfehlung hat bewegen lassen, sich mit dem Empfohlenen einzulassen;

2) wenn die Unsicherheit und Unzuverlässigkeit bei dem Empfohlenen erst nach der Empfehlung entstand;

3) wenn der Schade durch ein anderes Geschäft entstand, als worauf die Empfehlung gerichtet ist;

4) wenn der Beschädigte in der Zwischenzeit selbst Gelegenheit hatte, sich nach den Vermögensumständen und dem Charakter des Empfohlenen zu erkundigen, indem er es alsdann seiner Nachlässigkeit zuzuschreiben hat, daß er Schaden erlitt.

§. 6. I. mand., s. a. Cod. Max. bav. Th. IV. K. 10. §. 3., wo es heißt: Viel weniger kann 4) aus dem bloßen Unterhandel, Beirath oder Persuasion, denn des Schuldners Recommendation und Belobung z. B., da man ihn bei dem Creditore für einen ehrlichen und wohlbemittelten Mann oder guten Zahler angiebt,

eine Bürgschaft gefolgert werden. Kreitmeier Annal. z. Cod. Max. Th. IV. tit. 9. §. 3. n. 4.

g) Egger in den Bemerkungen zur Verbesserung der teut. Gesetzgebung Th. I. S. 192. §. 209. erwähnt einen besondern Fall: Ein Mann hielt sich in *** auf und gab sich für einen Associé eines Londoner Handelshauses aus, für welchen er auch überall erkannt wurde. Bei seiner Abreise bat er um einen Adreßbrief nach Lyon. Ein Kaufmann gab ihm einen solchen an einen Handelsfreund; in demselben hieß es: au reste vous recevez la présente par Mr. N. N. l'associé de la maison de .... qui m'a prié de lui procurer l'avantage de votre connoissance. In Lyon hielt sich dieser Mann einige Zeit auf, wurde in dem Hause, an welches er adressirt war, sehr gut aufgenommen; da er abreisen wollte, bat er um 500 L'dor., welche ihm auch sogleich ausgezahlt wurden. Das Handelshaus schrieb an seinen Correspondenten, daß es diese Zahlung an den Herrn gemacht habe; sendete einen Wechsel nach London zur Acceptation; der Wechsel wird förmlich protestirt und bemerkt, daß der Mensch fälschlich sich für einen Associé ausgegeben, und ein Betrüger sei. Dies meldete der Lyoner seinem Correspondenten, welcher auch auf den Rath eines Rechtsgelehrten und mehrerer Kaufleute zahlte, indem er nach der Usance dazu verbunden sei.

§. 781. (M. §. 507.)

Anweisung ist keine Zahlung; Anweisung ist gute Zahlung.

Zwischen beiden angegebenen Parömien ist ein offenbarer Widerspruch, welcher aber leicht durch folgenden Unterschied aufgehoben werden kann. Wenn die Anweisung mit einer wahren Delegation verbunden, so ist die Anweisung gute Zahlung, indem durch die Delegation die Verbindlichkeit zwischen Gläubiger und Schuldner aufgehoben, und der Gläubiger einen andern Schuldner erhält (d. 26. D. mandati). Pistorius cent. n. p. 32. Wenn aber mit der Anweisung keine Delegation verbunden ist, so ist die Anweisung keine Zahlung, indem der Schuldner immer noch tenent bleibt, und zwar so lange, bis der Angewiesene Zahlung geleistet. Cocceji de assignationibus, Stenger de assignat. mercat., Eisenhart Grundsätze d. t. R. in Sprichworten S. 428., Cod. Max. bav., Th. IV. K. 15. §. 7. Nach dem Handelsrecht treten in Hinsicht der Anweisungen noch besondere Grundsätze ein. So braucht der Kaufmann eine Anweisung blos dann anzunehmen, wenn bei dem Angewiesenen das Geld baar da liegt, und sonach die Zahlung sogleich erfolgen kann[g]). Denn von der Regel, Zahlung bewirkt keine Zahlung, können folgende Ausnahmen gelten: 1) Wenn der Angewiesene über den Betrag der Summe quittirt, dann ist eine Cession anzunehmen; 2) wenn der Angewiesene, ohne Auftrag des Anweisers, dem Schuldner Fristen

bewilligt, Nachlaß giebt, sich vergleicht; 3) wenn er ohne Vorbehalt die Anweisung annimmt. (Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 1262.)

Bisweilen wird den Anweisungen Wechselkraft beigelegt[h]).

g) Augsb. WO. K. IX. §. 4. Frankf. WO. §. 41.
h) Scherer Handb. d. WR. Th. I. S. 247. 299., vergl. noch Sicherer de assignat. Giess. 1782. Rigelmann de assignat. mercat. Gryph. 1805. Bender Hand. R. §. 159.

§. 782. (M. §. 508. n. 1.)

Kaufleuten ist nur erlaubt fünf pro Cent zu nehmen, wenn nicht Landesgesetze und die Observanz das Gegentheil bestimmen.

Das röm. Recht bestimmt in der L. 26. §. 1. C. de usuris: Iubemus illos, qui ergasteriis praesunt, vel aliam licitam negotionem gerunt, usque ad bessem centesimae usurarum nomine in quocunque contractu suam stipulationem moderari; und in der Nov. 136. c. 4. Sancimus ut usurae argentariis non solum ex stipulatione, sed etiam absque scripto praebeantur, nimirum tales, quales ipsas lex stipulari permittit, hoc est, usque ad bessem centesimae; Der Reichsabschied v. 1654. §. 174. bestimmt: Anreichend die künftigen Zins und Interesse sollen von nun an dieselben, sie seien aus wiederkäuflichen Zinsen oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, jedoch nach Anweisung der Reichsconstitutionen und weiter nicht als fünf pro Cento alle und jede Jahre in vierfachen Terminen unfehlbar bezahlt — werden.

Mehrere, als Lauterbach (de iure in curia mercat. usit. §. 100.), Schmid (de lucro cess. et dam. emerg. §. XII.), Tröltsch (Anmerkungen Th. I. S. 286.), Gutschmid (Diss. de iure mercatorum in exigendis usuris §. 13.), wo er sagt: Quae cintas romano utitur iure, eius mercatores, nisi contraria adferatur lex, aut probata legitime consuetudo, ex mora in solvendo mercium pretio facta sortis besses legitime exigunt usuras, id est, quovis anno octo pro cento, sind der Meinung, daß das römische Recht Anwendung finde, indem das Reichsgesetz blos eine temporäre Verordnung enthalte, die Kaufleute begünstigt werden müssen, auch der Zweck der Kaufmannschaft auf Gewinn abziele, folglich bei denselben die Zinsen nicht als eigentliche Zinsen, sondern vielmehr als ein Schadenersatz und entgangener Gewinn zu betrachten sein, weil sie, wenn sie das vorgeliehene Geld in ihren Handel gelegt, solches weit höher hätten benutzen können;

es müsse ihnen daher erlaubt sein, 6 pro Cent zu nehmen. Allein von andern, als Struben (Bed. B. V. Bed. 127.), v. Selchow (Rechtsfälle B. I. S. 98.), Struv (Exercit. XXV. §. 48. tit. y.), Carpzov (Iurispr. Fr. P. II. Const. XXX. Def. II.), v. Cramer (wetzl. Nebenst. Th. LXXX. S. 113.), Quistorp (Beiträge Bd. I. St. II. S. 134.), Scherer (Handb. d. WR. Th. III. S. 584.), Bender (a. a. O. §. 160.) wird diese Meinung verworfen, indem es nach dem Gerichtsbrauch bei der Allgemeinheit der Reichsgesetze bleibt, bei den Kaufleuten kein Vorrecht bestehe, und in vorkommenden Fällen blos auf 5 pro Cent zu erkennen sei, wenn auch 6 pro Cent. versprochen sein sollten.

Diese letztere Meinung ist die richtigere, indem, wenn auch gleich das Reichsgesetz nicht als immerwährend verbindlich zu betrachten, doch durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht der fünf pro Cent Zinssatz eingeführt, und so lange dergleichen vorhanden, auf das römische Recht nicht recurrirt werden kann (s. §. 265.)

Nach mehrern Particulairgesetzen ist aber den Kaufleuten erlaubt, höhere Zinsen zu nehmen.

Pr. LR. Th. I. tit. XI. §. 805. Kaufleuten ist erlaubt sechs, und Juden acht vom Hundert an Zinsen sich verschreiben zu lassen. Th. II. tit. 8. §. 692. Wenn einem Kaufmanne, der mit Waaren im Großen handelt, Gelder gegen bloße Handschrift oder Wechsel und ohne besondere Sicherheit auf sechs Monate nicht übersteigende Zeit vorgeliehen werden, so soll die Bestimmung des Zinssatzes lediglich der Vereinigung der Interessenten überlassen sein.

Oesterreichisches Gesetzbuch §. 995. Gesetzliche Zinsen sind vier vom Hundert, und zwischen den von den Behörden berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten bei einer aus einem eigentlichen Handelsgeschäfte entsprungenen Schuld sechs vom Hundert auf das Jahr als die gesetzmäßigen zu entrichten.

Nach dem französischen Gesetz v. 3. Sept. 1807. beträgt der Zins 5 und in Handelsgeschäften 6 pro Cent (Spangenberg Com. über Cod. Napol. Th. III. S. 20.)

Auch wird öfters auf die kaufmännischen Gewohnheitsrechte Rücksicht genommen; so bestimmt die Pr. Gesetzcommission in der Entscheidung v. 1. Juli 1794. (Kleins Annalen B. 14. S. 386.): daß das in der ostpreußischen Regierungs-Instruction v. 10. Juli 1774. enthaltene Verbot, wegen Stipulirung höherer Zin-

sen als 6 pro Cent auf Verbindungen, welche mit Ausländern eingegangen worden, nicht anzuwenden, vielmehr es bei der bisherigen Observanz zu belassen, nach welcher von Polen und Russen gültiger Weise 10 pro Cent stipulirt werden können.

§. 783. (M. §. 508.)

Die jüdischen Kaufleute sind in Baiern an den Orten, wo das preußische Landrecht gilt, berechtigt, mehr als 5 pro Cent zu nehmen.

Das Pr. LR. Th. I. tit. XI. §. 805. bestimmt, daß Kaufleuten erlaubt ist, sechs und Juden acht pro Cent zu nehmen, daß aber letztere, welche die Rechte christlicher Kaufleute genießen, auch in Ansehung des Zinssatzes hiernach beurtheilt werden[i]).

Der Abschied der baier. Ständeversammlung v. 1825. B. VII. (Gesetzblatt. S. 80.) die Aufhebung des den Juden in einigen Theilen des Königreichs gestatteten höhern Zinsfußes betreffend, bestimmt: daß die Juden keine höhern Zinsen von Gelddarlehn bedingen, noch auch höhere Verzugszinsen nehmen dürfen, als den Christen zu nehmen erlaubt ist. Alle dieser Bestimmung entgegenlaufenden Gesetze, Verordnungen und Statuten werden andurch aufgehoben.

Der Grund dieser Bestimmung ist: weil, wenn den Juden bei Gelddarlehnen höhere Zinsen als den Christen zu nehmen gestattet ist, dadurch eine Ungleichheit für den Wohlstand der Unterthanen entsteht, und in den Gebietstheilen nachtheilig wirkt.

Da der Abschied bestimmt, daß den Juden erlaubt ist, so viele Zinsen zu nehmen, als den Christen erlaubt ist, den Christen aber das Recht zusteht, 6 pro Cent nehmen zu können, so muß auch diese Befugniß den Juden an den Orten, wo das preußische Landrecht gilt, annoch zukommen. Denn

1) hebt der Landtagsabschied das pr. Landrecht nicht auf, bestimmt auch nicht, daß Zinssatz blos 5 pro Cent sein soll.

2) Wird auch gegen den Grund des Gesetzes nicht angestoßen, indem keine Ungleichheit entsteht. Daß nun diese Bestimmung blos auf die Juden zu beschränken ist, welche die Rechte der christlichen Kaufleute besitzen, ist nicht anzunehmen.

Das Recht aber, welches denselben nach dem Pr. LR. Th. I. tit. XI. §. 805. eingeräumt ist, acht pro Cent zu nehmen, ist durch jene Verordnung aufgehoben.

i) Das pr. Edict v. 11. März 1812 findet in den ehemaligen pr. Fürstenthümern keine Anwendung.

§. 783. b) (M. §. 508. n. 2.)

Der Kaufmann kann von dem Tage an Zinsen von dem Käufer fordern, wo dieser in mora gesetzt ist.

Ueber die Frage: wenn der Schuldner oder der Käufer in mora gesetzt sei? giebt es verschiedene Meinungen [k]).

Einige, als Wernher (Observ. for. T. II. P. VI. obs. 427.), Struben (rechtl. Bedenken B. III. Bed. XXXI.), Berger (oecon. iur. Lib. III. tit. VIII. th. 9.), Walch (Introductio in controv. iur. civil. p. 601. §. 13.) sind der Meinung, daß die mora von der Zeit an zu rechnen ist, wo der Kaufmann die Rechnung über abgelieferte Waaren oder die Waaren übersandt hat. Andere, als Pufendorf (Observ. for. T. IV. obs. 151.), Leyser (Sp. 211. m. 7.), Lobethan (Handelsrecht §. 89.), Fresenius (Meditationen für Rechtsgelehrte B. II. n. 4.), Runde (von Verzugszinsen bei Waarenschulden in s. Beitr. zur Erl. rechtl. Gegenstände B. I. n. VI.) sind der Meinung, daß die Zeit erst nach Ablauf eines Jahres, vom Empfang der Waare an gerechnet, eintrete, da die Kaufleute gewöhnlich auf diese Zeit Credit geben. Noch Andere, als Struv (Syntag. iur. civil. Ex. VI. th. 48.), Richter (Decis. LXXIV. n. 92.), Mevius (Deciss. P. III. dec. II.) wollen den Kaufleuten keine Verzugszinsen überhaupt gestatten, da sie die Zinsen schon auf den Preis der Waare schlügen. Einige noch, als Schunken (Pr. Handelsrecht Th. I. S. 97.), Bender (Handelsrecht §. 160. n. 2.) sind der Meinung, daß der Kaufmann die Verzugszinsen nach 14 Tagen verlangen könne. — Die Particulairgesetze enthalten verschiedene Bestimmungen, nach Einigen werden Zinsen berechnet nach Ablauf von 6 Monaten, nach dem Badenschen Landrecht Art. 109. laufen die Verzugszinsen von dem Verfalltage an, ohne Zahlungsanforderung.

Nach der richtigen Meinung kann der Kaufmann Zinsen fordern, wenn er die Rechnung übersandt hat, nach 14 Tagen, und in dem Falle, wenn die Einmahnung oder der Tag, bis zu welchem Credit gegeben worden, nicht nachzuweisen ist, nach Ablauf eines Jahres, von der geschehenen Lieferung an gerechnet. Hiermit stimmt auch das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 684. u. s. f. überein.

Anmerk. Die Uebersendung des Contocurrente kann nicht als eine Interpellation angesehn werden, welche den Schuldner dergestalt in mora versetzt, daß er von der Zeit an auch zugleich Verzugszinsen zu bezahlen schuldig sein soll; denn die Conticurrenti werden nach dem Handelsgebrauch nur in der Absicht einem von dem andern zugesandt, damit in ihren gegenseitigen Verhältnissen Ordnung erhalten werde, und ein jeder wisse, wie er mit dem andern steht. Runde Beitr. B. I. n. 17.

k) Thomasius (Probl. iur., an mercator usuras pretii exigere posset. Lps. 1734.), Gutschmid (a. a. O.), Bröckel. Gött. 1770.

§. 784. (M. §. 509.)

Beim Handel kommt die laesio enormis nicht in Betracht.

Der Handel zerfällt in einen Tausch= und Kaufhandel. Daß bei dem Tausch= oder Barattohandel[1]) der Einwand der Verletzung über die Hälfte nicht Statt findet, ist unbestritten; ob aber auch bei dem Kaufhandel, ist streitig. Doch ist nach richtiger Meinung, welche Thomasius (de aequitate cerebrina L. II. C. de resc. vend. Hal. 1706.), Lobethan (HR. §. 63.), Musäus (HR. §. 37.), v. Gönner (Archiv d. Gesetzgebung B. II. Heft 3. n. 2.), v. Martens (HR. §. 14.), Wibel (de laesione enormi in negot. merc. Jen. 1794.), Pöhls (HR. §. 79.) vertheidigen, solches anzunehmen. Denn

1) jeder Kaufmann, der Waaren zum Verkauf einhandelt, hat die Absicht, bei dem Wiederverkauf zu gewinnen. Hieraus ergiebt sich, daß er die Waare zu einem höhern Preis zu verkaufen sucht, als sie ihn kostet. Eben deshalb läßt sich kein bestimmter Preis annehmen: dieser steigt und fällt nach den Umständen, je nachdem viel oder wenig davon am Platze vorräthig ist, sonach nach der Conjunctur. Der Kaufmann kann daher den Preis der Waare willkürlich bestimmen.

2) Es ist nicht leicht möglich, den wirklichen Werth der Waare nachzuweisen.

3) Der Kaufmann ist in Beziehung auf Handelsgegenstände als Sachverständiger anzusehn, und aus diesem Grunde schon muß ihm das remedium ex L. 2. C. de resc. vend. abgesprochen werden.

Der entgegengesetzten Meinung sind Lauterbach (colleg. th. pract. Lib. XVIII. tit. 5. §. 39.), Thibaut (System des

Pandectenrechts §. 197.), Bender (Handelsrecht §. 113. m)), Mittermaier (a. a. O.).

Nach dem Pr. L.R. Th. I. tit. 11. §. 60. 61. 69. begründet die Verletzung über die Hälfte nur die Vermuthung eines wesentlichen Irrthums. Dann kann, wenn die anderweitigen Umstände diese Vermuthung nicht entkräften, der Käufer die Aufhebung des Handels fordern, nicht aber der Verkäufer, wenn der Preis unter der Hälfte des Werths der Waare blieb. In §. 374. ist bestimmt, daß Medaillen und Münzen, welche der Seltenheit wegen gesucht werden, nicht dem Gelde gleich zu achten, und daß bei dem Kauf und Tausch solcher Münzen der Einwand der Verletzung über die Hälfte wegfalle.

l) Du Fresne Gloss. v. Baratum — Baratto. Iudaeus non possit mutare, nec audet facere aliquem contractum vel baratum de blado, vel oleo, vel frano (a. 1291.).

m) Er bemerkt in der not. c), daß v. Martens, §. 14., seine Meinung billige, fügt aber hinzu, daß, wenn Martens bemerke, diese Einrede komme dem Sachverständigen nicht zu, so betrachte er den Kaufmann geradezu als solchen, da in der Regel doch nicht er, sondern sein Mäkler der Sachverständige ist, wie die tägliche Erfahrung zeige. Martens sagt aber a. a. O., daß beim Barattiren der Kaufleute eine Verletzung über die Hälfte nicht in Betracht komme, läßt sich nur in sofern allgemein behaupten, als die Einrede dem Sachverständigen nicht zusteht. Sonach ist Martens nicht der Meinung, welche Bender vertheidigte, und überdies möchte doch nicht im Allgemeinen angenommen werden, daß die Handelsgeschäfte immer durch Mäkler abgeschlossen werden. Auch widerspricht er sich selbst, indem er in §. 77. not. o) sagt, daß nach Umständen auch unter Kaufleuten propter laes. enormem geklagt werden könne.

§. 784. b) (M. §. 509.)

Die actio quanti minoris hat unter Kaufleuten Statt.

Mehrere Rechtsgelehrte, als Marquard (de iure mercatorum L. 2. c. 9. n. 73.), Hommel (Rhaps. T. 4. Obs. 536.) sind der Meinung, daß die ästimatorische Klage unter Kaufleuten aus ganz unzureichenden Gründen unanwendbar sei. Ersterer bemerkt a. a. O.: Etsi, alias de iure communi provisum sit, ut in emtionibus et venditionibus, si res vendita vitiosa deprehendantur, redhiberi vel eo nomine quanti minoris agi possit, ita ut tali casu venditor emtori restituere debeat pretium, una cum usuris et quod interest, se pretio non caruisse - - - in foro tamen hodierno mercatorum haec ita stricte haud observari posse, quotidiana dictitat experientia. Quapropter etiam hanseatici mercatores in regnis hispanicis

hoc iure utuntur, ut merces ab ipsis semel venditae et traditae pro probis habeantur, nec redhibitioni aut pretii diminutioni locus sit, nisi intra triduum a die traditionis emtor de vitio conqueratur. Hommel bemerkt, daß ein Kaufmann sich dieser Einrede nicht bedienen könne, wenn er nicht gleich die Waare zurückgeschickt habe. Allein den Beweis ist er schuldig geblieben. Pöhls (HR. S. 180. §. 85.) ist der Meinung, daß nach dem Empfang der Waare solche wegfalle, indem in der Annahme die Erklärung liege, die Waare um den bestimmten Preis haben zu wollen.

Andere sind der Meinung, daß die Minderungsklage wegfalle, wenn der Besteller die fehlerhafte Waare weiter verkauft habe, als Mevius (Dec. P. IV. dec. 341.), Schmidt (Abhandl. über v. Rechtsmaterien B. II. n. VIII.). Noch Andere halten dafür, daß der Verkäufer die schadhafte Waare zurück verlangen könne gegen Rückerstattung des Kaufgeldes, als Beier (Delineat. iur. civil. p. 388.).

Dagegen sind Andere der Meinung, als Stryck (usus mod. Pand. Lib. 21. tit. 1. §. 15.), Ludersen (Diss. inaug. qua quaestio: num mercator venditis mercibus actione quanti minoris adversus venditorem experiri possit, tam secundum ius commune, tam etiam secundum ordinationem iudicii inferioris Brunsvicensis novissimam expenditur. Helm. 1801.), Ortloff (d. PR. St. 455.), Bender (a. a. O. §. 77.), v. Berg (jurist. Beobachtung B. 2. N. XIV. Ueber den Gebrauch der ästimat. Klage unter Kaufleuten), Mittermaier (a. a. O.), daß die actio q. m. unter den Kaufleuten Statt findet. Diese ist auch die richtige. Denn

1) kann niemand verpflichtet werden, eine Waare anzunehmen, welche fehlerhaft und der Probe nicht gemäß ist.

2) Wenn die Nothwendigkeit erfordert, diese Waare zu haben, sie aber nicht ganz so beschaffen ist, wie sie sein sollte, sonach den Werth nicht hat, so kann der Empfänger auf die Herabsetzung des Preises antragen;

3) der Empfänger kann aber den Verkäufer nicht zwingen, ihm diese Waare um einen geringern Preis zu überlassen, und sonach muß er auch, wenn letzterer die Waare gegen Erstattung des Kaufpreises wieder haben will, im Stande sein, solche zu restituiren, sonach fällt die ästimatorische Klage weg, wenn dies

nicht mehr möglich ist (Arg. l. 12. §. 1. D. de iur. dot. Hellfeld iurisp. for. §. 296.), und es ist ganz unrichtig und den Gesetzen zuwider, wenn behauptet wird, daß sie auch in diesem Falle Statt finde, wenn er nur zur rechten Zeit die nöthigen Beweise von der Beschaffenheit der Waare sich verschafft hat.

Die Braunschweigische Untergerichtsordnung v. 1764. K. 3. §. 4. bestimmt, daß, wenn jemand über die Untauglichkeit der Waare zu klagen habe, er gleich nach deren Empfang solche durch Sachverständige untersuchen lassen und den Absender davon benachrichtigen müsse, denn wenn er nach vier Tagen die Anzeige unterlassen, so werde die Klage nicht mehr angenommen.

§. 784. c) (M. §. 509. n. IV.)

Die Einsendung des Preiscourants verpflichtet zur Haltung des Preises, der darin bestimmt ist.

Gewöhnlich ist es, daß sich Kaufleute einen Preiscourant zusenden, in welchem genau die Waare und der Preis derselben angegeben ist; auch wird eine Zeit bestimmt, wie lange der Preis gehalten wird. Ist aber keine solche Zeitbestimmung in demselben enthalten, so entsteht die Frage: ob der Verkäufer verbunden sei, diesen bestimmten Preis so lange zu halten, bis eine Antwort von dem Empfänger eingegangen ist. Mehrere, als Bender (a. a. O. §. 76. n. 6. S. 179.), Hagemann (prakt. Erört. B. VI. n. 57.) und Mittermaier (a. a. O.) nehmen das Gegentheil an. Denn es sei einem Kaufmann nicht zuzumuthen, die Waaren, welche er während der Zeit vortheilhaft verkaufen konnte, liegen zu lassen, weil der Empfänger des Preiscourants noch nicht geantwortet habe. Es sei ganz unnöthig, daß das Wort frei von Obligo hinzugefügt sei. Allein dies ist nicht anzunehmen, und stößt gegen die rechtlichen Grundsätze an. Denn einmal leistet der Verkäufer durch die Uebersendung des Preiszettels dem Kaufliebhaber das Versprechen, die Waaren um den angegebenen Preis zu überlassen, dieses Versprechen kann er eigenmächtig nicht zurücknehmen, wenn er nicht ausdrücklich bemerkte: frei von obligo, d. h. ich halte den Preis, so lange die Waare liegen bleibt, dann muß der Preis festgehalten werden, wenn er auch noch so viel dabei verlieren sollte. Wer A sagt, muß B sagen, heißt es im Sprichwort, oder wie die lateinische gleichlautende Regel ist: qui dat ius ad finem,

etiam ius ad media dedisse est censendus. L. 2. D. de iurisd. L. 56. D. de servitut. (Eisenhart Grundsätze des d. R. in Sprichwörtern S. 378. 4. Abth. n. 24.) Hiermit stimmt überein Beillodter (Handelsrecht Abs. 4. §. 68. u. f. f.), wo er bemerkt, daß, wenn ein Kaufmann einem andern eine Preisliste zusendet und im Allgemeinen seine Dienste anbietet, er deswegen noch nicht verbunden sei, jenem die Waare zu senden, die er bestellt; wenn er aber eine oder mehrere Waaren im Briefe besonders anbietet, so sei er verbunden, ihm dieselbe zu dem bestimmten Preis auf Verlangen zu senden, wenn er nicht dem Anerbieten der Waaren die Bedingung hinzugefügt: im Fall sie bei Ankunft der Antwort noch unverkauft sind; er müsse die Waare auch um den angebotenen Preis geben, und könne sich mit dem Steigen derselben nicht entschuldigen; s. a. Archiv d. civil. Praxis B. II. 2. Abs. §. 25.

§. 784. d) (M. §. 509. n. III.)

Wenn über den Betrag der Waare ein a uso gestellter Wechsel trassirt wird, so ist dennoch anzunehmen, daß auf Credit gekauft sei.

Die Frage, wann anzunehmen, daß auf Credit gekauft sei, ist überhaupt bestritten. Die Meinung von Mevius (Decis. P. 4. Dec. 206. 280. n. 3.), daß, wenn der Verkäufer die Waare aus den Händen gegeben, jederzeit anzunehmen, daß auf Credit verkauft sei, ist von Andern, als Stryck (de fide habita c. 4. n. 13., Hach (praktische Beitr. Heft 1. S. 155.), Seuffert (Erört. einzelner Lehren d. r. PR. Abth. 2. S. 26.) hinlänglich widerlegt.

Wenn eine Waare ohne besondere Verabredung über die Zahlung verkauft, und über den Betrag derselben ein Wechsel a uso auf den Käufer trassirt wird, so entsteht die Frage: ob dieser Fall zu denen gehöre, wo auf Credit gekauft anzunehmen ist. Mehrere, als Martens (Handelsrecht §. 15.), Hach (a. a. O. S. 156.), Carstens (Beiträge zum Lübischen Recht Samml. 2. S. 172., vergl. mit 135. 140.), Schülter (D. de traditione mercium per lit. recognitionis §. 18. 19.) sind der Meinung, daß hier nicht anzunehmen, daß auf Credit gekauft worden, und sonach bei entstehendem Concurs über das Vermögen des Käufers der Verkäufer die Waare, wenn nicht vermöge des Grundsatzes Hand wahre Hand das Gegentheil

Statt hat, aus den Händen eines Dritten vindiciren könne, und zwar darum, weil in einem solchen Falle dem Käufer nur die gewöhnliche Zeit zur Bezahlung, aber keinesweges eine besondere Frist zur Beischaffung desselben eingeräumt werde, und daß bei den von auswärts her gezogenen Wechseln doch immer eine Zeit dazu gehöre, damit derselbe in die Hände des Käufers komme; werde nun die Tratte nicht durch eine besondere Frist verlängert, so werde dadurch kein Credit gegeben, auch lasse sich in dem Accepte eines solchen Usowechsels von Seiten des Käufers nicht etwa eine Sicherheitsbestellung für den Kaufpreis finden, denn durch die Annahme eines Wechsels für eine eigne Schuld werde keine neue Sicherheit für dieselbe bestellt, sondern es würde das nur dann der Fall sein, wenn ein Dritter als Trassat für den Betrag des Kaufpreises von dem Käufer aufgegeben wäre, und demnächst für dessen Rechnung die Tratte acceptirt hatte.

Das Gegentheil nehmen an Seuffert (a. a. O.), Heise und Cropp (jurist. Abh. B. I. n. 21.) und zwar aus folgenden Gründen:

1) Der Begriff des Creditirens besteht nach den Gesetzen darin, daß man dem Käufer Vertrauen schenkt, sich, ohne eine Sicherheit dafür zu besitzen, mit seinem bloßen Zahlungsversprechen begnügt, und ihm die Waare einhändigt, ohne eine sonstige Bezahlung derselben zu erwarten. In der **L. 1. D. de reb. cred.** heißt es: **nam cuicunque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu credere dicimur.**

2) Der Verkäufer giebt dadurch, daß er die Waaren absendet und über den Betrag derselben einen Usowechsel auf den Käufer zieht, ein besonderes Zutrauen gegen Letztern zu erkennen, er würde, wenn er vom Gegentheil überzeugt wäre, auf eine andere Art für seine Sicherheit gesorgt haben, z. B. durch das Wechselaccept eines Dritten, oder indem er das Connossement einem Dritten an den Wohnort des Bestellers übersendet, mit dem Auftrage, es diesem nur gegen Bezahlung des Kaufpreises einzuhändigen. Thut er dies nicht, so traut er der Redlichkeit des Käufers (**fidem eius sequitur**), worin ein Creditiren im gesetzlichen Sinne liegt.

3) Die Gegner verwechseln zwei Begriffe des Creditirens und Einräumung der Zahlungsfrist; von der letztern ist die Rede, wenn dem Käufer ein längerer Termin zur Zahlung bewilligt wird, als dieser ihn ohne besondere Verabredung gehabt haben würde;

der Begriff des erstern aber besteht darin, daß dem Käufer die Waare anvertraut wird, ohne daß man dafür Zahlung oder Sicherheit erwartet. Wenn nun gleich unter Kaufleuten gewöhnlich ist, daß der Käufer Waaren erhält, ohne gleich Zahlung zu leisten, so folgt daraus noch nicht, daß auf Credit gekauft sei, sondern nur, daß es jetzt das Gewöhnliche des kaufmännischen Verkehrs ist, auf Credit zu verkaufen; auch kann es keinen Unterschied machen, daß dies nicht ausdrücklich verabredet wird, sondern sich nach der Usance von selbst versteht, denn an dem Begriff der Sache ändert dies nichts. Wenn ferner bemerkt wird, daß die über den Betrag der Waaren ausgestellten Wechsel doch einige Zeit zu ihrer Ueberkunft brauchen, so würde dieser Grund allerdings zutreffend erscheinen, wenn solche Wechsel, die gewöhnlich unter demselben dato, an welchem das Connossement über die Waare an den Besteller abgesandt wird, gezogen zu werden pflegen, nur auf die Frist lauteten, welche ihre Ueberkunft bis an den Wohnort des Bezogenen erfordert, denn in diesem Falle würde der Absender immer noch seine Sicherheit nicht blos in der Waare, sondern auch noch in dem übersandten Connossement selbst haben, indem der Besteller bei verweigerter Honorirung des Wechsels zur Zurückgabe desselben verpflichtet erscheine. Allein das Uso bei dem Wechsel enthält nicht blos die zur Ueberkunft derselben erforderliche Zeit, sondern noch daneben eine billige Zahlungsfrist für den Acceptanten, und es ist daher das ganz Gewöhnliche, daß solche Wechsel lange vor dem Verfalltage zur Acceptation gebracht, und daß lange vor diesem Verfalltage die Waaren bei dem Empfänger angekommen und wohl gar längst von ihm weiter verkauft sind.

Diese Meinung ist, rechtlich genommen, die richtigere, doch wird nach dem Gerichtsgebrauch häufig das Gegentheil angenommen.

§. 785. a) (M. §. 510. n. I.)

Wenn nach Abschluß des Kaufs die Waare bei dem Verkäufer liegen bleibt, so ist Letzterer als Depositar anzusehn, braucht aber nicht die Waare versichern zu lassen.

Daß der Verkäufer in dem Falle, wenn der Käufer bei ihm die Waare liegen läßt, als Depositarius ohne weitere Verabredung zu betrachten sei, ist unbedenklich. Die Frage aber ist bestritten: *ob er verbunden sei, die bei ihm annoch befindliche*

Waare vor Gefahren sichern zu lassen? Heise (Archiv d. HR. B. 1. Heft 3. n. 15. S. 315 u. f. f.) ist der Meinung, daß der Verkäufer auch alsdann, wenn er seine eigene Waare nicht hat versichern lassen, dazu verpflichtet sei, indem es unter den Kaufleuten gewöhnlich sei, die Waaren, welche auf das Lager kommen, versichern zu lassen, der Käufer daher hätte annehmen können, daß dies geschehn sein würde; auch würde der Verkäufer sich als Depositar einer **culpa lata** schuldig machen, indem, der solche begeht, welcher etwas nicht weiß, nicht bedenkt, was jedermann weiß oder berücksichtige. **L. 21. D. de reg. iur. Lata culpa est nimis negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt.** Dann könne auch die **L. 24. §. 5. D. de sol. matr.** analogisch zur Anwendung kommen, indem hier bestimmt sei, daß der, der fremde Sclaven sehr mißhandelt, sich nicht damit entschuldigen könne, daß er gegen die seinigen eben so verfahre, wenn eben diese Mißhandlung an sich tadelnswerth sei.

Allein diese Meinung ist nicht anzunehmen. Der Depositar ist zu weiter nichts als zur **culpa lata** verbunden, und muß in Ansehung der bei ihm deponirten Sache die wesentliche Aufmerksamkeit beobachten, welche er auf seine Sachen verwendet. **L. 32. D. depositi**, hat er dies gethan, so ist er zu weiter nichts verbunden. Verunglückt die ihm anvertraute Sache, und die seinige wird gerettet, so braucht er den Werth jener nicht zu ersetzen, wenn erwiesen wird, daß er zur Rettung alle mögliche Vorsichtsmaßregeln angewandt hat (Walch **introd. in controv. i. c. p. 528.**). Wenn die verkauften Sachen bei ihm noch liegen geblieben, und er überhaupt seine Waaren hat versichern lassen, so sind die verkauften in der Versicherung mit enthalten und es bedarf keiner neuern Versicherung; hat er jede Waare **in specie** versichern lassen, und die verkaufte Waare wäre nicht versichert, so würde der Verkäufer weder in diesem Falle noch in dem Falle, wo er seine Waaren gar nicht hat versichern lassen, zur Versicherung der fremden Waare verbunden sein: nicht in jenem Falle, weil er nur verbunden ist, bei einer gemeinschaftlichen Gefahr auf die fremde Sache die Sorgfalt zu verwenden, als er auf die seinige verwendet: er ist zur Abwendung des Schadens verpflichtet, eine Feuerversicherung dient aber nicht zur Verhütung des Schadens, sondern zum Schadenersatz: auch nicht in dem Falle, wo er nämlich seine Waaren nicht hat versichern lassen, denn der Käufer kann nicht

annehmen, daß dies geschehn sei, und es kann gegen ihn nicht das in Anwendung gebracht werden, was in §. 3. in f. l. 3. 15. D. d. O. et A. bestimmt ist: qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suae facilitati id imputare debet. Mit diesem stimmt überein Bender (a. a. O. §. 79. S. 186.).

§. 785. b) (M. §. 510. n. II.)

Wer die zur Probe übersandte Waare anbricht, muß solche nicht behalten.

Wenn gleich von Einigen behauptet wird, daß, wenn der Empfänger der Probe solche angebrochen, die Waare behalten müsse, indem die Probe dem Käufer blos zur Aufbewahrung im Interesse beider Theile anvertraut sei, derselbe sie auch gleich einem Depositum ansehn müsse, und mithin wider Treue und Glauben handele, wenn er etwas davon nehme; dann daß durch jede Verringerung der Probe dieselbe zur Vergleichung mit der Waare untauglich werde: so ist doch solche von Andern, als Heise und Cropp (Abh. B. I. n. XIII.), Pöhls (Handelsrecht S. 166.) darum verworfen worden, indem die Probe, in sofern der Käufer sie unversiegelt erhält, ihm nicht als ein Depositum anvertraut, sondern nur vermöge des Kaufcontracts zu dem Zwecke eingehändigt wird, damit durch Vergleichung der Waare mit derselben deren versprochene Qualität ausgemittelt werden könne: nur in so weit, als es zu diesem Zweck erforderlich ist, erstreckt sich daher die Verpflichtung des Käufers zur Aufbewahrung der Probe. Bisweilen kann die Untersuchung nicht anders bewirkt werden, als wenn er theilweise die Probe gebraucht, z. B. wenn Färberstoffe oder Caffee gekauft werden, und nun die Probe zu färben gebraucht, oder der Caffee gebrannt wird, so kann dem Empfänger dies nichts schaden, und daraus eine stillschweigende Einwilligung in den Kauf gefolgert werden.

§. 785. c) (M. §. 510. n. III.)

Der Kauf auf Sicht ist als ein Handel unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen zu betrachten.

Es ist öfters der Fall, daß der Handel unter der Klausel auf Sicht abgeschlossen wird: aus der Wortfassung läßt sich nicht entnehmen, ob der Handel unter einer Resolutiv- oder Suspensiv-Bedingung abgeschlossen ist. Nimmt man auf das

römische Recht Rücksicht, so ist es zweifelhaft, indem einige Gesetze (**L. 34. §. 5. D. de contr. empt. L. 4. pr. D. de periculo et comm.**) für die Resolutivbedingung entscheiden, während andere (**L. 1. p. D. de pericul. et comm.**) die Perfection des Geschäfts erst von dem Probiren, sonach von einer Suspensivbedingung abhängig machen. Allein dennoch ist für eine Resolutivbedingung die Vermuthung; wenn weder aus der Fassung der Vereinbarung, noch sonst die Meinung der Contrahenten ermittelt werden kann, der Vertrag sogleich erfüllt wird, und die Sache dem Erwerber übergeben worden: dies ergiebt sich aus mehrern Gesetzstellen (**L. 8. D. de iure dot. L. 1. §. 2. D. pro dote. L. 1. D. de lege commiss.**). Wenn nicht sofort der Vertrag erfüllt worden, und nach der Meinung der Contrahenten auch vor dem Eintritt der Bedingung gar nicht erfüllt werden sollte, so ist ebenfalls eine Resolutivbedingung anzunehmen; denn 1) ist in streitigen Fällen allemal für die Resolutivbedingung die Vermuthung (Glück Pandecten-Comm. Th. IV. §. 337. not. 50.). 2) So wie aus der sofortigen Uebergabe in Ermangelung einer klar ausgesprochenen anderweitigen Absicht darauf geschlossen wird, daß das Geschäft unumwunden eingegangen und nur demnächst unter einer Bedingung wieder aufgelöst werden soll, so wird man umgekehrt unter derselben Voraussetzung aus dem Aussetzen der Erfüllung die Absicht folgern müssen, daß das ganze Geschäft vorläufig noch in suspenso bleibe. 3) Bei dem Handel auf Besicht, wo der Bestand des Geschäfts ganz in die Willkür des Käufers gestellt ist, kann es eben so, wie nach dem römischen Recht bei dem Handel ad gustum, als die Meinung der Contrahenten angesehn werden, daß, auf das Ungewisse hin, vorläufig die Waare abgeliefert, empfangen und bezahlt werden solle, da dieses immer mit nicht unerheblichem Aufwande von Mühe und Kosten verbunden ist, gleichwohl dem Käufer, der vor dem Besichte doch nicht über die Waare disponiren darf, dadurch kein wesentlicher Vortheil, dem Verkäufer aber die Gefahr einer dem Käufer demnächst schwer zu imputirenden sorgloseren Behandlung der vielleicht an ihn zurückfallenden Waare erwächst, und da sich der Besicht so leicht vornehmen und dadurch vor der Uebergabe alles in Ordnung bringen läßt. Der Kauf auf Sicht ist mithin als ein Kauf unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen zu betrachten. Hiermit stimmen überein Thibaut (civ. Abhandl. S. 378—380.), Trummer (im Archiv d.

Handelsrechts B. I. S. 339.), Heise und Cropp (Abh. B. I. n. XII.). Daß aber, wie Schömann (Handbuch des Civilrechts B. 2. S. 216.) und Pardessus (cours de droit commercial P. 2. tit. 3. th. 3. sect. 1. §. 2.) behaupten, ein solches Geschäft ganz unverbindlich für beide Theile sei, ist nicht anzunehmen, denn nur dann hat eine hinzugefügte Potestativbedingung diese Wirkung, wenn sie zu Gunsten des Verpflichteten, nicht aber wenn sie zu Gunsten des Berechtigten lautet. Bei einem Verkaufe erscheint aber der Verkäufer in Hinsicht auf den verkauften Gegenstand, auf welchem sich die Bedingung bezieht, als der Promittent, der Käufer als der Stipulator; sonach ist der Handel gleich vom Anfange rechtsbeständig wie jeder andere bedingte Handel.

§. 786. (M. §. 511. n. II.)

Durch das Connossement geht der Regel nach das Eigenthum der Waaren nicht über.

Das Connossement ist diejenige Urkunde, worin der Schiffer bekennt, die darin benannten Waaren an Bord seines Schiffes erhalten zu haben, und sich verbindet, diese zu einer festgesetzten Zeit an einem bestimmten Ort einem Dritten auszuliefern. Drei Exemplare werden gewöhnlich ausgestellt, von welchen das eine der Schiffer, das andere der Absender, und das dritte der Ladungsempfänger erhält. Das Connossement enthält die unbedingte Verpflichtung für den Schiffer, die darin genannte Waare an den benannten Destinatair auszuliefern. Die Uebersendung des Connossements enthält eine symbolische Tradition der Waare, indem der Empfänger desselben eo ipso zum Empfang der Waare berechtigt wird.

Mehrere sind der Meinung, daß das Eigenthum übergeht, als Marquard (de iure mercat. Lib. 2. c. 9. §. 5. Lib. 3. c. 9. n. 69.), Schlüter (de tradit. merc. p. lit. recog. Trai. ad Rh. 1750.), Martens (HR. §. 15.), Busch (vom Connossement in den Zusätzen zu seiner Darstellung des Handels B. III. Zus. 47.), Ausgewählte Rechtsfälle (B. 1. Heft n. 1. Nürnb. 1804. S. 6.), Widow (de dominis mercium intervenientibus literis recognitiones transmissarum motu conc. credit. cedent. Goett. 1791.), Bender (a. a. O. §. 83. n. 3. S. 194., jedoch mit der Beschränkung, daß das Geschäft eine solche

Natur hat, daß auf den Ladungsempfänger Eigenthum rechtlich übergetragen werden kann, als z. B. Kauf), Kosegarten (Archiv d. HR. Th. I. n. XII. S. 199.), womit auch die Hamburger Fallitenord. Art. 25., Code de Commerce art. 578. übereinstimmen: (Elles ne pourront être revendiquées, si avant leur arrivée elles ont été vendues sans fraude, sur factures et connaissement ou lettres de voitures.). Die Gründe sind, daß das Connossement nicht nach den römischen Rechtsprinzipien zu beurtheilen ist, sondern nach deutschen Gewohnheitsrechten das Connossement als Symbol anzusehn, und da der Schiffer die Waare niemandem, als demjenigen, der durch ein Exemplar des Connossements sich legitimiren kann, auszuliefern berechtigt ist.

Von Andern [n]), als Rentzel (de lit. recog. praes. duplicib. vulgo doppelten Connossementen. Lugd. Bat. 1754.), Jacobson (Seerecht des Kriegs und Friedens S. 234.), Beneke (System d. Assecuranz- und Bodmereiwesens B. I. S. 286.), Stappärts (Praes. Holtius sp. de rei vindicatione quae mercatoris etc. Lov. 1825.), Pöhls (HR. B. I. §. 86. S. 181.), Heise und Cropp (jurist. Abh. I. S. 429.), Mittermaier (a. a. O.) wird aber das Gegentheil angenommen. Denn

1) wenn es gleich wahr sei, daß die Lehre des römischen Rechts über die verschiedenen Arten des Besitzes sich auf die Tradition durch Connossement in ihrer vollen Ausdehnung nicht anwenden lasse, so lasse sich doch nicht leugnen, daß das römische Recht seinen Einfluß auf die Ausbildung der über das Connossement aufgestellten Rechtsgrundsätze geäußert habe, und die Art der Uebertragung nicht für etwas Eigenthümliches des deutschen Rechts erklärt werden dürfe, sondern wahrscheinlich von Italien aus auf uns gekommen sei.

2) Man verwechsle Uebertragung des Besitzes mit dem Eigenthum. Daß erstere durch das Connossement übergehe, sei nach dem Grundsatz der symbolischen Tradition zu rechtfertigen; das Eigenthum aber könne blos in folgenden Fällen übergehn:

a) wenn der Absender der Waare Mandatar des Adressaten (Destinatairs) sei,

b) wenn aus den Umständen der animus transferendi dominium aus der Uebersendung des Connossements sich solches ergebe, z. B. wo die Creditirung des Kaufpreises vorliegt.

Diese letztere Meinung ist die richtige und auch ganz den Rechtsprinzipien angemessen.

Das römische Recht ist in Handelssachen zwar nicht unbedingt anzuwenden, aber dessen Ausschließung nicht anzunehmen (§. 779.). So wenig daraus, daß die Absendung der Waare auf die Gefahr des Absenders, noch aus der Bezeichnung der Waaren mit dem Namenszuge des Bestellers eine unbedingte Uebertragung des Eigenthums folgt (Lauterbach de iure in curia mercat. Disp. 100. th. 308.), eben so wenig kann durch die Uebersendung des Connossements eine Uebertragung des Eigenthums gefolgert werden. Das römische Recht bestimmt in §. 41. I. de rer. divis.: Venditae res et traditae non aliter emtori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromiss. aut pignori dato. Sehr richtig bemerkt Berger (oeconomia iuris L. 2. tit. 2. th. 18. not. 3.) in emtione venditione traditio fieri intelligitur sub conditione expressa aut tacita si fuerit pretium solutum aut fides de eo habita, atque adeo ante implementum eiusmodi conditionis effectu caret; s. a. Weber (Beiträge z. Lehre v. gerichtl. Klagen St. 1. Abh. 8.). Soll daher das Eigenthum durch die Uebersendung des Connossements übergehn, so muß der animus amittendi dominium gewiß sein. Huber (Praelectiones iur. civil. L. 2. tit. 2. n. 55.) sagt: non amittitur dominium rei, priusquam dominus prior animum amittendi habuerit. Sed venditor, quoniam unice pretii causa contrahit, animum dominium amittendi habere non videtur, nisi postquam securus de eo est, quod vice rei expectat.

Mit dieser Ansicht stimmt auch das Pr. L. R. Th. I. tit. 20. §. 367. überein. Durch Aushändigung des Connossements können Waaren gültig verpfändet werden: es überläßt es aber dem Gläubiger, sich hinlänglich zu versichern, daß die Waaren auf die Rechnung und Gefahr des Schuldners abgesendet, oder daß der Betrag derselben dem Absender bezahlt, oder sonst vergütet worden. Wozu diese Hinzufügung, wenn das Connossement als Symbol der Uebertragung des Eigenthums überhaupt zu betrachten ist?

n) Gesterding (Irrthümer d. Rechtsgelehrten S. 221.) will das Irrige der Ansicht, daß das Eigenthum durch das Connossement übergeht, nach dem römischen Rechte zeigen; s. Bender a. a. O. not. a) über seine Aeußerung.

§. 787. (M. §. 514.)

Der Grund des Vorrechts der Handelsbücher liegt darin, weil ohne Activ- und Passiv-Credit kein Handel bestehn kann, verjährter Gerichtsgebrauch und uraltes Herkommen diesem Privilegium das Siegel der Gesetzmäßigkeit aufgedrückt hat.

Ueber die Frage: welches der Grund der Beweiskraft des Handelsbuchs sei? sind die Meinungen getheilt. Mehrere behaupten, daß solcher in gewissen Instituten bei den Römern liege, und zwar

a) finden Einige, als Leyser (Spec. 297. med. 1.), dieses Vorrecht in den Büchern der Argentarii, Geldwechsler der Römer, welche von dem Staate zu diesem Geschäft autorisirt waren; sie nahmen Darlehne und Depositen gegen Zinsen auf, und führten hierüber Bücher, denen eine besondere Beweiskraft zukam. (Cicero pro Caecina c. 6. orat. pro Manil. c. 3. in epist. Lib. I. epist. XI. ad Att. Quintilianus Decl. Lib. XI. c. 1. Livius hist. lib. XXVI. c. 11. 27. Kraut de argentariis et numulariis. Goett. 1826.) Allein diese Meinung ist darum nicht anzunehmen, weil die Argentarien öffentlich bestellte Personen waren, welches die Kaufleute nicht sind.

b) Andere, als Pöhls (Handelsrecht §. 155.), finden den Grund in den rationibus domesticis, welche mit Fleiß aus dem Journal (adversaria) zusammengetragen wurden, in der Zeit des Freistaats allgemeine Sitte waren. Allein eben darum, weil diese Einrichtung in der freien Republik vorhanden, nachher aber verschwunden war, so kann der Grund auch hierin nicht gefunden werden. Diesem Einwand sucht Pöhls dadurch zu begegnen, indem er bemerkt, daß, ehe die tabulae untergegangen, sich schon das Analogon, der Literalcontract, gebildet habe: nun sei das Recht der Deutschen, Gallier und Italiener immer mit römischem Recht gemischt gewesen, dazu sei im Mittelalter das Scontriren, was eine auffallende Aehnlichkeit mit dem Literalcontract habe, gekommen, so daß man leicht und ganz natürlich auf die Idee gekommen, nach den Mustern der tabulae den Büchern der Kaufleute in den Fällen, in welchen andere Beweismittel nicht denkbar waren, Beweiskraft beizulegen. Allein auch dieses läßt sich darum nicht annehmen, weil es mit dem Literalcontract eine ganz besondere Beschaffenheit hatte, und jederzeit dieser litterae, d. h. ein Schuldbekenntniß, voraussetzte. (Schweppe Rechtsgeschichte 3te Auflage von Gründler. Gött. 1832. §. 306.)

Andere sind der Meinung, daß die Compsoren die Veranlassung zu diesem Vorrecht gegeben haben: Ebeling (über die Beweiskraft d. Handelsbücher S. 12. §. 9.). Die Bücher der Compsoren, welche eine besondere Classe von Kaufleuten waren und von dem Staate das Vorrecht erhielten, das Geldwechseln ausschließend zu treiben, hatten wegen der Genauigkeit, mit der sie geführt wurden, volle Beweiskraft, anfänglich nach dem Herkommen, dann nach den Gesetzen, als nach den Statuten von Piacenza v. 1391. und Bologna v. 1454. §. 2., hier heißt es: **Si quis uteretur libro (rationum scripto manu alicuius mercatoris) contra ipsum scribentem — in quo — aliquid scriptum esset quod in ipsius scribentis favorem — faceret — contra eum, qui sic utetur, inter personas, scripturae pro utraque parte credatur, et stetur, quatenus concurret cum quantitate petita.** Aus Italien, welches sich durch seine frühere Cultur von den übrigen europäischen Ländern auszeichnete, und welches sich schon längst mit den benachbarten Staaten in Handelsverbindung gesetzt hatte, verbreitete sich nachher jene Handelssitte in diese Länder, besonders nach Deutschland.

Hommel (**Literat. iur. p. 39.**) suchte den Grund in dem Talmud, aus der **Mischnah tract. Scheboth c. 7.** herzuleiten, welche Meinung von Runde Beiträge B. I. n. XV. hinlänglich widerlegt ist.

Noch Andere, als v. Zangen (Samml. merk. Rechtsf. n. 5.), Geiger und Glück (merk. Rechtsfälle B. I. n. 4.), Bender (Handelsrecht S. 428.), Mittermaier (a. a. O.), sind der Meinung, daß der Grund darein zu setzen sei, weil ohne Activ- und Passiv-Credit kein Handel bestehn könne, und daß verjährter Gerichtsgebrauch und uraltes Herkommen diesem Privilegium das Siegel der Gesetzmäßigkeit aufgedrückt habe. Diese letztere Meinung ist wohl nur die richtige. Denn

1) daß das Institut der Argentarien und das darauf gestützte der Compsoren mit dazu beigetragen, das Vorrecht der Handelsbücher zu unterstützen, ist wohl nicht zu leugnen; allein solches darauf zu gründen, ist darum unrichtig, weil zu jeder Zeit deutschen Rechtsgelehrten das römische Recht besser als das deutsche bekannt war, und darum gewiß auch die **L. 7. C. de probat.** mit aller Lebhaftigkeit vertheidigt haben werden; hier heißt es aber: **nemo annotatione sua alterum sibi debitorem conciliare potest.**

2) Daß das Vorrecht durch Gewohnheit und Bedürfniß begründet wurde, ist unbedenklich. Nämlich sobald der Handelsverkehr nur einigermaßen lebendig wurde, die Geschäfte sich mehr häuften, da war es wirklich unausführbar, über jedes einzelne Geschäft weitläufige und selbstständige Beweisinstrumente, namentlich förmliche Vertragsurkunden, aufzusetzen; viele Geschäfte wurden brieflich abgeschlossen; hier hätten solche Förmlichkeiten noch viel mehr Zeit gekostet, und wo hätte überdies der Kaufmann Zeit hernehmen sollen, gleich bei jedem Geschäft Zahlung zu empfangen, nachzurechnen u. s. w. Daher war nichts natürlicher, als daß der Kaufmann, der einen sehr ausgebreiteten Handel hatte, seine Geschäfte schriftlich aufzeichnete und in seine Bücher brachte: daß er dieses bei vorkommenden Streitigkeiten zum Beweis benutzte, war reine Nothwendigkeit; der Gegner war durch eine gleiche Nothwendigkeit dahin gebracht, dem Buch seines Gegners Glauben beizumessen. So bildete sich das Gewohnheitsrecht, Juristen waren im 16. Jahrhundert bemüht, solches durch Berufung auf römische Gesetze fest zu begründen (Termineus gerichtl. Proz. d. geschriebenen Rechtsgewohnheit und täglichs Brauchs in Germanien jetz. Zeit üblich. Cöln 1570. S. 176.); so ging es in die Gesetzbücher über, und blieb selbst bei den neuern Gesetzrevisionen unerschüttert stehen o).

3) Der Handel, wenn er einigermaßen blühend sein soll, kann ohne Activ- und Passiv-Credit nicht bestehn: der Verkäufer ist öfters genöthigt, ohne weitere Verschreibung, ohne alle Sicherheit den Worten des Käufers zu trauen und ihm die Waare in Hoffnung künftiger Zahlung zu überliefern, es ist daher der Billigkeit gemäß, auch des Verkäufers eigenem Ausschreiben Glauben zu geben, da ihm überdies an der Richtigkeit und Ordnung seiner Bücher alles gelegen sein muß. Nicht weniger selten sind auf der andern Seite die Fälle, wo Jemand dem Kaufmann selbst Zutrauen schenken muß, ohne sich weitere Beweise darüber verschafft zu haben; hier tritt die nämliche Billigkeit ein, daß er bei künftigen Streitigkeiten sich der Handelsbücher des Kaufmanns selbst zu seinem Beweise bedienen könne.

o) Ob es nicht zweckmäßiger sei, das ganze Vorrecht aufzuheben? darüber giebt es unter den Juristen und Staatswirthschaftslehrern verschiedene Meinungen. Bodinus (de libris mercatorum suspectis. Halae 1756. C. III. §. 7.) nennt dieses Vorrecht monstrum privilegium, in §. 8. insolens, seu potius perversa consuetudo, und in §. 10.

sic enim futurum, ut multae iniquitates et periuria in iudiciis evitarentur. Bender (a. a. O. §. 209.) wünscht auch die Aufhebung. Allein die Staatsklugheit erfordert, den Credit stets aufrecht zu halten, wodurch der Verkehr seine Hauptstütze erhält: dies kann aber vorzüglich durch dieses Vorrecht bewirkt werden.

§. 788. (M. §. 514.)

Das Handelsbuch hat blos gegen den Kaufmann eine privilegirte Beweiskraft.

Sehr Viele, als Martens (Grundsätze d. HR. §. 41.), Runde (Grundsätze d. d. PR. §. 458.), Glück (Pandecten-Comm. B. 22. S. 73.), Bender (a. a. O. S. 455.) sind der Meinung, daß das Handelsbuch eines Kaufmanns sowohl gegen einen andern Kaufmann, als auch Nichtkaufmann einen halben Beweis ausmache. Dagegen wird von Andern, Mittermaier (a. a. O.), behauptet, daß gegen einen Nichtkaufmann dieses Privilegium nach gemeinem Recht darum nicht Statt finden könne, weil eine Urkunde, die jemand selbst geschrieben, nicht für ihn beweise, und kein allgemeines Gesetz vorhanden, worin dieses Privilegium bestätigt sei. Gegen einen Kaufmann aber habe darum das Privilegium statt, weil seit dem 16. Jahrhundert eine anerkannte Gewohnheit solches bestimme. Diese letztere Meinung ist auch in dem Cod. Napol. art. 1329 u. f. f. angenommen. Denn es heißt hier: **Les registres des marchands ne font point contre les personnes non marchandes preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit a l'égard du serment.** Die letztern Worte beziehn sich auf den art. 1367., wo von dem Ergänzungseid gehandelt wird: dieser kann aber nur in den beiden Fällen zuerkannt werden, wenn nämlich die Klage oder Einrede nicht vollständig erwiesen und nicht von allem Beweise entblößt ist, woraus sich dann ergiebt, daß dem Handelsbuch nicht alle Beweiskraft abgesprochen ist. In art. 1330. heißt es: **Les livres des marchands sont preuve contre eux.**

Die letztere Meinung ist nach der Entstehung dieses Privilegiums und nach dem Zweck desselben die richtigere: doch kann dem Handelsbuche gegen den Nichtkaufmann eine größere Beweiskraft als einer bloßen Privaturkunde beigelegt werden.

§. 789. (M. §. 514. n. IV.)

Den Krämern kommt das Vorrecht des Handelsbuchs zu.

Wenn gleich Rösner (a. a. O. c. IV. n. 20.), Langermann (a. a. O. Cap. II. sect. 1. §. 8.) behaupten, daß den Krämern dieses Privilegium nicht zukomme, weil sie nicht als eigentliche Kaufleute anzusehn sind; auch die Parömie gilt: an Krämerscheeren soll sich Niemand kehren (Pistor ant. v. prooem. XX.); so ist diese Meinung darum zu verwerfen, weil diese Gründe unrichtig sind. Denn der Krämer ist so gut Kaufmann wie ein anderer, welcher in noch so großen Parthien verkauft, wenn nur sein Handelsbuch auf die gehörige Art geführt ist. Leyser (Medit. Sp. 279. med. 4.), Ebeling (a. a. O. S. 42.), Bender (a. a. O. S. 446.), Mittermaier (a. a. O.). Das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 591. schließt die Krämer in Dörfern und Flecken aus.

§. 790. (M. §. 514. n. IV.)

Den Büchern der Wechsler ist die Beweiskraft nicht zu versagen.

Mehrere, als Struben (rechtl. Bed. Th. IV. B. 44.), Rösner (de merc. Libr. C. XV. n. 53.), Blanchard (de prob. p. libr. merc. Coln. 1786. c. IV. §. 40. 41.), Langermann (de prob. p. lib. merc. Groen. 1727. c. II. Sec. I. §. 8.), Runde (d. PR. §. 460.) sprechen den Büchern der Wechsler diese Beweiskraft ab. Andere, als Bender (a. a. O. §. 199.) nehmen an, daß durch diese Bücher der Regel nach nur das quantum debiti, nicht aber die causa debendi zu erweisen sei; noch Andere, als Cocceji (ius controv. L. 14. tit. 3. q. 2.), Schafhausen (de prob. per lib. Goett. 1795. §. XV. p. 21.), Claproth (Einl. in den bürgerl. Proz. B. 2. §. 233. S. 311.), Meister (de fide lib. merc. Goett. 1789. §. 8. p. 7.), v. Martens (Entwicklung d. Ursprungs des Wechselrechts S. 23. §. 5. not. 1.), Ebeling (a. a. O. S. 48.), Eichhorn (Einl. §. 387. not. l.), Mittermaier (a. a. O.) legen denselben überhaupt Beweiskraft bei. Erstere führen als Grund an, weil Wechsler nicht zu den Kaufleuten zu zählen, und gesetzt auch, daß sie dazu gezählt werden könnten, so würde es ihnen doch nie an sonstigen Beweisen fehlen. Das Herkommen, welches den Handelsbüchern jenen Vorzug beilege, gründe sich darauf, daß

im Handel und Wandel keine schriftlichen Contracte errichtet zu werden pflegten, sondern der Kaufmann den Worten des Käufers traue. Dagegen bringe es die Natur des Geschäfts des Banquiers mit sich, daß sie nicht leicht nur einigermaßen beträchtliche Summen verleihn, ohne sich mit besondern Beweisen zu versehn. Eigene Wechsel seien wahre Schuldverschreibungen, und der Käufer des Wechsels zahle auch gewöhnlich gegen dessen Empfang das Geld, oder verspreche schriftlich dies zu bezahlen. Dazu komme noch der Umstand, daß man den Handelsbüchern bei großen Summen gar keine Beweiskraft einräumen dürfe (Schafhausen a. a. O. §. X. p. 17.).

Die entgegengesetzte Meinung aber ist die richtigere. Denn

1) daß Banquiers zu den Kaufleuten in der weitern Bedeutung zu zählen sind, ist wohl unbezweifelt; und haben sie nicht mit dem Compsoren die größte Geschäftsähnlichkeit?

2) Wenn gleich den Banquiers andere Beweise als den übrigen Kaufleuten zu Gebote stehn, und sie sich selten des Handelsbuchs als Beweismittels bedienen werden, so kommen doch Fälle vor, wo dies nothwendig ist, wo ihnen ein sonst schriftlicher Beweis ihrer Forderung gänzlich mangelt, oder wo es sogar rathsamer für sie sein würde, sich zum Beweise derselben auf ihre Bücher zu berufen.

3) Würde es allen redlichen Grundsätzen entgegen sein, wenn man den Banquiers darum, weil sie seltner das Handelsbuch als Beweismittel gebrauchen, ihnen dieses entziehn zu wollen;

4) sind die Gründe der Gegner von schwachem Gewicht. Denn

a) ist der angeführte Grund nicht der einzige dieses Privilegiums (§. 787.),

b) ist es falsch, wenn behauptet wird, daß bei größern Summen den Handelsbüchern diese Beweiskraft nicht beizulegen sei. Denn wenn dies gleich von Mehrern angenommen und sich auf das römische Recht berufen wird, so ist diese Behauptung darum unrichtig, weil der Vorzug des Handelsbuchs nicht auf römische Grundsätze gebaut ist, sondern durch ein von dem römischen Recht unabhängiges Herkommen und Gesetze näher bestimmt ist; auch würde durch eine solche willkürliche und unbestimmte Beschränkung die Wichtigkeit dieses Privilegiums allzusehr verringert werden (Ebeling a. a. O. S. 56.).

Anmerk. Ob den Büchern der Handwerker diese Beweiskraft beizulegen? s. §. 377. c) — Von den Büchern der jüdischen Kaufleute s. §. 128.

§. 791. (M. §. 515. n. 1.)

Bei der einfachen Buchhaltung hat blos das Hauptbuch Beweiskraft.

Welchem Buche die privilegirte Beweiskraft beizulegen sei, wird verschieden beantwortet. Denn Einige, als Mevius (Comm. ad ius lub. P. V. tit. VI. art. IV. n. 26.), Stryck (us. mod. Pandect. L. II. tit. XIII. §. 21.), Berger (oecon. iur. Lib. IV. tit. XXIV. Th. VI. n. 19.), Linck (kleine jurist. Schriften erster Versuch N. III. S. 36.), Lange (ausführl. Abh. vom Rechnungswesen 2ter Anhang §. 5.) sind der Meinung, daß blos dem Hauptbuche diese Beweiskraft zustehe, ohne zwischen einfacher und italienischer Buchführung zu unterscheiden. Andere, als Geiger und Glück (Rechtsfälle B. I. N. IV. §. 6.) wollen auch dem Journal diese Beweiskraft beilegen, wenn gleich ein Hauptbuch vorhanden, ohne auf jenen Unterschied der Buchführung Rücksicht zu nehmen. Noch Andere, als Martens (a. a. O. S. 44.), Bender (a. a. O. S. 431.), Pöhls (a. a. O. S. 353. §. 157.) und Mittermaier (a. a. O.) unterscheiden zwischen der einfachen und italienischen Buchhaltung, und wollen bei jener blos dem Hauptbuche, bei dieser dem Journal diese Beweiskraft beilegen. Diese letztere Meinung ist die richtigere. Denn

1) kann nicht einem jeden Buche, welches mit noch so großer Genauigkeit geführt ist, diese Beweiskraft beigelegt werden, sondern es kommt

2) vorzüglich auf die Art an, wie die Beschaffenheit der Buchführung ist, und hierbei ist vorzüglich zwischen den beiden Arten der Buchhaltung zu unterscheiden. Bei der einfachen Buchhaltung brauchen die Bücher nur einmal angelegt zu werden, indem nur Personen Contos im Hauptbuche erhalten; sie gewährt dem Kaufmanne jeden Augenblick die Erkenntniß aus den Büchern, wie er mit seinem Geschäftsfreunde steht, ob und wie viel er zu fordern oder zu zahlen hat. Hierbei werden gebraucht das Memorial, Kladde, Strazza [p]), dann das Hauptbuch [q]).

Bei der italienischen Buchhaltung dagegen finden sich alle Geschäfte unter doppelten Conten [r]), indem hier nicht nur die Per-

sonen, sondern auch von Gegenständen der Handlung jeder sein Conto im Hauptbuche hat; daher heißt sie auch die doppelte.

Sie gewährt außer der, durch einfache Buchhaltung zu erlangenden Erkenntniß auch noch die weitere, ob der Handlung gewisse Geschäfte nützlich oder schädlich zu werden versprechen. Hier werden gebraucht das Memorial, das Tagebuch, Journal [s]) und das Hauptbuch [t]).

Diese verschiedene Einrichtung bewirkt die Verschiedenheit der den Büchern beizulegenden Beweiskraft. In das Journal werden alle Geschäfte in einer chronologischen Ordnung verzeichnet, das Hauptbuch dagegen, welches aus dem Journal abgeschrieben wird, kann schon darum nicht den Glauben verdienen, weil es einen Transsumt enthält (v. Gönner Motiven z. Gesetzbuch über das gerichtl. Verfahren S. 450.).

In den Particulairrechten finden sich sehr abweichende Bestimmungen: das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 567. legt vorzüglich dem Hauptbuche diese Beweiskraft bei. In den französischen Gesetzbüchern, als im **Code Napoléon art. 1330.**, **Code de commerce art. 12.** ist von den **livres des marchands** überhaupt die Rede, doch wird in dem **Code de comm. art. 8.** dem Kaufmann zur Pflicht gemacht, ein Journal zu halten.

Anmerk. Die Frage: ob sich ein Kaufmann auch gegen seinen Compagnon in Handelssachen auf sein Handelsbuch berufen könne? ist streitig. Quistorp (rechtl. Bemerkungen B. 2. Bemerk. 60.) bezweifelt es aus dem Grunde, weil ein Privilegirter gegen einen Gleichprivilegirten von seinem Recht keinen Gebrauch machen könne. Allein Glück (P.=Comm. Th. 22. S. 81.) bejaht die Frage darum, weil nur ein Privilegirter vorhanden sei. — Letztere Meinung ist darum die richtigere, weil das Handelsbuch eine gemeinschaftliche Urkunde ist.

p) D. h. das Buch, in welches alle Handlungsforderungen und Schulden unter den dazu nöthigen beiden Rubriken **credit** und **debet**, dem Datum getreu, eingetragen werden.

q) Auch **Mastro** genannt, d. h. das Buch, in welches alle einzelne Posten des Memorials, welches, eben weil sie dem Datum getreu eingezeichnet wurden, die einzelnen Namen bunt unter einander geschrieben enthält, so für jede einzelne Person abgesondert in Rechnung gebracht werden, daß man für jede die Credit= und Debetposten auf zwei einander gegenüberstehende Blattseiten niederschreibt.

r) Lucas Paciolo aus Burgo St. Sepulchri in Italien soll der Erfinder sein, daher die italienische genannt.

s) D. h. dasjenige, welches aus dem Memorial und aus den etwaigen Nebenbüchern jeden Geschäftsvorfall nach Ordnung der im Hauptbuch genau specificirten Geschäftszweige und Personen unter der Rubrik credit und debet dem Datum getreu verzeichnet wird.

t) Dies enthält alle in dem Journal unter credit und debet verzeichneten Posten in besonderen Rechnungen für die einzelnen Geschäftszweige und Personen, für jede Rechnung zwei Blattseiten gegen einander über. Jede einzelne Rechnung bezieht sich auf die Blattseite des Journals, dieses aber auf das Memorial oder ein Nebenbuch.

§. 792 b). (M. §. 515. n. III.)

Das Handelsbuch braucht nicht von dem Prinzipal der Handlung geführt zu sein, sondern auch von einem Andern, selbst von einem Frauenzimmer.

1) Einige, als Gail (Obs. Lib. II. obs. 20.), Mevius (ad ius lubec. Lib. V. tit. 6. art. 4. n. 25.) sind zwar der Meinung, daß, wenn dem Handelsbuche die vorzügliche Beweiskraft zukommen soll, es nothwendig von dem Prinzipal der Handlung selbst geführt sein müsse. Allein Andere, als Carpzov (Iurispr. for. P. I. const. XVII. Definit. 35. n. 8. 9.), Straccha (de merc. P. II. n. 65.), Klein (Diss. de probatione, quae fit per libr. merc. Lib. II. n. 132.), Stryck (de semiprobat. c. IV. n. 6.), Lauterbach (concl. forens. Exerc. XLVII. concl. 17.), Blanchard (Sp. inaug. de prob. per libr. merc. C. V. §. 52.), Meisler (a. a. O. §. XII.), Geiger und Glück (a. a. O. S. 73. §. 7.), Bender (a. a. O. S. 440.), haben mit Recht diese Meinung verworfen, indem zu vermuthen ist, daß der Inhalt desselben mit seiner Einwilligung geschrieben sei, und indem er gewissenhafte Leute zur Führung dieser Bücher anstellen wird, um seinen Credit zu erhalten.

2) Daß auch eine Weibsperson, welche hinlängliche Kenntniß der Handlung hat, zur Führung dieser Bücher gebraucht werden kann, ist nach der richtigen Meinung anzunehmen. Barth (Hodeget. for. Cap. II. §. 7. lit. c.), Mantzel (Diss. de femina mercatrice. Rost. 1740. th. 20.), Bauer (Diss. capita quaedam de probat. ex libro mercat. Lps. 1784. C. VII.).

§. 793. (M. §. 515. n. III.)

Das Handelsbuch des Kaufmanns kann in jeder lebenden Sprache abgefaßt sein, wenn nicht die Landesgesetze das Gegentheil bestimmen.

Daß das Handelsbuch durchaus in der Landessprache abgefaßt sein müsse, wie unter andern Martens (a. a. O. §. 40.

not. b.) behauptet, ist unrichtig. Es kann ein Handelsbuch eines deutschen Handelshauses auch in französischer Sprache abgefaßt sein, sowie umgekehrt ein französisches Handelshaus auch in deutscher Sprache das Handelsbuch abfassen kann. Den jüdischen Kaufleuten aber ist nicht gestattet, ihre Handelsbücher in hebräischer Sprache abzufassen, wie man die Reichs-Polizeiordnung v. 1577. tit. 20. §. 3. analogisch hierauf anwenden kann, denn es heißt hier: und damit aller Betrug und Bevortheilung bei ihren Anleihen vermieden bleiben, sollen sie die Zettel ihres Anleihens nicht in jüdischer, sondern in deutscher Sprache verfassen. (Schreiber de invaliditate librorum mercaturam concernentium, Marp. 1766.), so bestimmt dies auch das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 590. und das baier. Edict über das Verhältniß der jüdischen Glaubensgenossen v. 10. Juni 1813. §. 19., allein dadurch werden die jüdischen Kaufleute nicht verhindert, ihre Bücher in einer andern lebenden Sprache abzufassen, wie mehrere, als Bender S. 436., annehmen. Die Landesgesetze enthalten hierüber verschiedene Bestimmungen: Nach der pr. Verord. v. 11. März 1812 ist jede lebende Sprache zulässig, und nicht blos die deutsche. Das österr. Justizhof-Decr. v. 7. Febr. und 14. Aug. 1816. gestattet den Gebrauch der englischen Sprache für Triest und Fiume.

§. 793 b). (M. §. 515. n. VI.)
Aus dem Handelsbuch kann nicht blos die Größe der Forderung, sondern die Schuld selbst erwiesen werden.

Mehrere, als Leyser (Medit. Sp. 279. m. 1. 2.), Hymmen (Beiträge zur jur. Lit. B. VII. S. 103.), Krohn (de prob. quae fit per libr. merc. Rost. 1705. C. II. n. 147.), Orth (Anmerk. z. Frankf. Reformation Th. II. S. 175.), Struben (rechtl. Bedenken Th. IV. B. 44.), Fischer (Cameral- und Polizeirecht B. III. S. 189.), Quistorp (rechtl. Bemerk. S. 120.), Eichhorn (Einl. §. 387. S. 949.), sind der Meinung, daß nur das quantum debiti durch die Handelsbücher zu erweisen sei; allein diese Meinung wird von Andern, als Ebeling (a. a. O. §. 42.), v. Glück (Pandectencomm. Th. XXII. S. 66.), Bender (a. a. O. §. 202.), Pöhls (a. a. O. §. 159.), Ortloff (Gr. d. d. Privatrechts S. 279. not. 113.), Mittermaier (a. a. O.), mit Recht verworfen.

Die Schuld selbst kann durch das Handelsbuch erwiesen werden, nur wird vorausgesetzt, daß ein kaufmännisches Geschäft vorhanden, eine aus dem Handelsverkehr entsprungene Forderung, gleichgültig aber, ob es eine Geld- oder andere Forderung sei, ferner, daß über solches gewöhnlich keine schriftlichen Verträge errichtet werden, daß zwischen den Streitenden die Existenz eines Handels oder Handelsverkehrs eingeräumt, zu vermuthen oder erwiesen sei. Denn wollte man das Gegentheil annehmen, so würde man gegen die ersten Grundsätze des Rechts (L. 7. c. de probat.) anstoßen.

Dies vorausgesetzt, so kann durch das Handelsbuch die causa debendi selbst dargethan werden. Denn

1) es würde gegen alle Rechtsanalogie anstoßen, eine Urkunde, die über die causa debendi, über Nebenbestimmungen u. s. w., auf gleiche Weise wie über das quantum debiti Auskunft giebt, nur in Rücksicht des letztern Beweiskraft beilegen zu wollen;

2) würde die Beweisführung durch Handelsbücher in den meisten Fällen etwas ganz Ueberflüssiges sein, da der Beweisführer die Gewißheit der Schuld überhaupt auf andere Weise als durch sein Handelsbuch begründen müßte, und wenn er dies dargethan hätte und nur das quantum debiti noch bestritten wäre, so würde er ja ohne weiteres und ohne sein Handelsbuch, welches nur noch durch einen Erfüllungseid bestärkt werden müßte, nöthig zu haben, einen Anspruch auf das suppletorium quantitatis machen können; worin würde denn der Nutzen des Vorrechts für den Kaufmann bestehen?

3) Ist zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten kein Unterschied in so fern zu machen, daß in Ansehung jener der Beweis der Schuld und die Quantität der Forderung, in Rücksicht dieser blos letzteres aus dem Handelsbuche zu erweisen sei.

Die Landesgesetze enthalten aber verschiedene Bestimmungen.

So bestimmt der **Codex iudic. bav.** Cap. XI. §. 3., daß durch das Handelsbuch, wenn die Schuld in substantia richtig ist, die quantitas debiti zu erweisen sei. Das pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 573. bestimmt, daß durch das Handelsbuch die Zeit der geschehenen Lieferung, der Betrag und die Beschaffenheit der gelieferten Waaren, der Preis, wofür sie behandelt oder verabfolgt worden, und die Zeit, binnen welcher die Zahlung erfolgen soll, aus dem Handelsbuch zu beweisen sei. (**Bielitz** Comm. z. Pr. LR. Th. 6. S. 340.)

§. 793 c). (M. §. 515. n. VII.)

Dem Handelsbuch eines Banquerouteurs ermangelt es nicht immer an Beweiskraft.

In Ansehung der Frage: ob das Handelsbuch eines Banquerouteurs Beweiskraft habe? sind die Meinungen getheilt.

Einige sind der Meinung, daß das Handelsbuch eines Falliten gar keine Beweiskraft habe. Rösener (de mercat. Lips. 1690. c. XIV. n. 5.), Langermann (de prob. p. lib. mercat. Groen. 1727. C. II. L. 3. §. 1.), Krohn (a. a. O. C. II. n. 17.), s. a. Bielitz (Comment. z. Pr. LR. Th. 6. S. 248.). Andere sind der Meinung, daß es überhaupt Beweiskraft habe, so lange, bis zu erweisen sei, daß er vor dem Ausbruch des Concurses betrügerisch gehandelt habe. Blanchard (de lib. merc. §. 42.), Heineccius (de mercat. qui foris cess. rat. Frankf. 1728.) Noch andere unterscheiden zwischen einem boshaften und fahrlässigen Banquerout, und wollen in jenem Falle nur die Beweiskraft aufgehoben haben. Westphal (rechtl. Gutachten Th. 1. §. 10.), Stracha (P. III. n. 36.), Marquard (de iur. merc. P. IV. c. 8.), Mencken (a. a. O. §. X.), Bender (a. a. O. S. 443.[u]), Ebeling (a. a. O. §. 30. S. 37.), Mittermaier (a. a. O.). Einige, als Merckel (Comment. z. Pr. LR. Th. II. S. 425.), Danz (Handbuch d. d. Privatrechts Th. IV. §. 460.) sind der Meinung, daß ein Unterschied zu machen zwischen den Posten, welche vor Ausbruch des Concurses, und solchen, die nach dem Ausbruch eingetragen waren; letztere verdienen keinen Glauben, in Ansehung der erstern aber sei zu unterscheiden, ob der Banquerout durch Unglück oder Verschuldung veranlaßt worden, in jenem Falle sei dem Handelsbuch alle Beweiskraft abzusprechen, im letztern Falle müsse das richterliche Ermessen die Glaubwürdigkeit bestimmen. Pöhls (a. a. O. S. 356.) ist der Meinung, daß in der Regel dem richterlichen Ermessen es zu überlassen sei, die Natur des Geschäfts, der Charakter des Falliten und ähnliche Umstände müßten dabei überhaupt berücksichtigt werden. Die vorletzte Meinung ist die richtigere. Wenn Concurs wirklich über das Vermögen des Kaufmanns ausgebrochen, so geht sein Handelsrecht, sonach auch sein Vorrecht als Kaufmann verloren. Ist aber nachher, nachdem die Eintragung geschah, Concurs ausgebrochen, so muß ein besonderer Grund vorhanden sein, warum dem Handelsbuch die Beweiskraft entzogen werden soll. Hat er einen betrügerischen

Banquerout gemacht, so kann, weil einem Betrüger kein Glaube beizumessen, auch seinem Buche kein solcher beigemessen werden. Ganz anders verhält es sich, wenn er durch Unglück veranlaßt wurde, sein Vermögen seinen Gläubigern Preis zu geben; hier ist kein Grund vorhanden dem Handelsbuche die Beweiskraft zu entziehn.

Hiermit stimmen auch die Particulair-Gesetze meistentheils überein. Nach dem Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 609. u. 610. wird auch dieser Unterschied beobachtet, und den Büchern eines muthwilligen und betrügerischen Falliten aller Glaube abgesprochen; die der fahrlässigen und unbesonnenen Banquerouteurs aber zur Unterstützung anderer vorhandener Beweismittel zugelassen. Nach der Hamburger Falliten-Ordnung art. 102. n. 13. 8. art. 104. n. 3. sollen die Falliten, die ihre Bücher auf die Seite bringen, oder durch Verfälschung derselben sich des criminis falsi schuldig machen, oder sie in gefährlicher Absicht zur Verhehlung ihres Vermögenszustandes nicht in guter Ordnung halten, wie vorsätzliche und boshafte, die sie aber aus bloßer Nachlässigkeit über zwei Jahre in Rückstand haben, als leichtsinnige Falliten angesehen und behandelt werden.

u) Bender a. a. O. S. 443. unterscheidet zwischen Falliten und Banquerouteurs, und versteht unter jenem einen offenbar verächtlichen Betrüger, unter diesem einen aus Verschulden in Zahlungsunfähigkeit gekommenen. Allein beide Worte werden gewöhnlich gleich bedeutend gebraucht, und der Code de commerce art. 437. nimmt auch beide in ganz anderem als in dem hier angegebenen Sinne.

§. 793 d). (M. §. 515. n. VIII.)

Durch den Tod des Kaufmanns erlischt die Beweiskraft des Handelsbuchs nicht.

Daß durch den Tod des Kaufmanns die Beweiskraft nicht verloren gehe, nehmen die meisten Rechtsgelehrten an: Marquard (de probat. Vol. III. const. 1052. n. 12.) und Ebeling (a. a. O. §. 55.) behaupten das Gegentheil; letzterer bemerkt: der Beweis durch das Handelsbuch muß mit der Unmöglichkeit der Ableistung des erforderlichen Ergänzungseides hinwegfallen, wo derjenige, welcher ihn leisten soll, nicht mehr am Leben ist, mag er sich nun vorher zur Ableistung des Eides bereit erklärt haben oder nicht. Denn jetzt fehlt es an einem der Vollständigkeit des Beweises nothwendigen Erfordernisse, dessen Stelle durch das iuramentum de credulitate, welches durch die etwanigen Erben zu leisten wäre, nicht vertreten werden kann, da letzteres zur Ausmittelung der

Wahrheit nichts beiträgt. Wenn daher die nöthige Ergänzung des Beweises durch andere Beweismittel nicht herbeigeschafft werden kann, so wird aller fernerer Beweis durch die Handelsbücher in soweit unwirksam, daß nur dem Schuldner zu dessen gänzlicher Entkräftung der Reinigungseid auferlegt werden muß. Diese Meinung ist gegen den allgemeinen Gerichtsgebrauch und die meisten Particulair-Gesetze. Darüber aber sind nun die Meinungen sehr getheilt, was nach dem Tode des Kaufmanns in Rücksicht des Handelsbuchs eintritt. Einige, als Carpzov (a. a. O. lib. VI. resp. 22.), Rösener (a. a. O. c. XI. n. 208.), Langermann (a. a. O. c. IV.), Textor (de fide libri mercatoris mortui (in app. collect. diss. p. 154. 163.), Leyser (Med. Sp. 141. med. 5.), sind der Meinung, daß der Ergänzungseid durch die Erben geleistet werden müßte. Andere, Gail (observ. Lib. II. obs. 43. n. 5.), Besold (consil. 33. n. 16.), behaupten, daß in einem solchen Falle den Büchern ein vollkommner Glaube beizumessen und ein fernerer Eid deshalb ganz überflüssig und unnütz sei, weil der Tod überhaupt die Stelle des Eides vertrete. Noch Andere, Mevius (Decis. P. VII. dec. 233.), Stryck (de morte loco iurisiur. Cap. II. §. 6.), Edzard (de fide lib. merc. Arg. 1740. §. 28. p. 32.), Schafshausen (a. a. O. §. 26. p. 35.), Bender (a. a. O. S. 460.), nehmen an, daß wenn der, welcher schwören sollte, sich zur Ableistung des Eides erboten und nachher gestorben, der Eid als abgeleistet zu betrachten sei. Leyser (a. a. O.) ist zwar im Ganzen auch der Meinung, jedoch beschränkt er solche auf den Fall, wenn die Eidesleistung nicht durch einen reinen Zufall, sondern durch die Schuld des Gegners verhindert wurde, und verlangt überdies, daß der Schwörende als ein rechtschaffner Mann bekannt, und dessen ausdrückliche Erklärung zur Ableistung des Eides erwiesen sei. Noch Andere, als Ebeling (a. a. O.) und Glück (Pandectencomm. Th. 22. S. 75.), sind der Meinung, daß das iuramentum credulitatis von Seiten der Erben nicht statt finde.

Keine dieser Meinungen ist unbedingt anzunehmen. Was die erste anbetrifft, so kann das iuramentum de credulitate die Ausmittelung der Wahrheit nicht bewirken helfen, um so weniger, da nicht einmal durch den Kaufmann selbst in allen Fällen der Eid zu schwören ist. (Waldeck Vers. einer Berichtigung d. Theorie d. Glaubenseides K. IX. S. 73 — 83.)

Die zweite Meinung hat sehr viel wider sich, die dritte Meinung hat am meisten für sich; doch ist folgendes zu unterscheiden: Sollte der Eid dem Verstorbenen von dem Gegner zugeschoben, und würde ersterer nicht in **mora** sein, so würde der acceptirte Eid nach dem Tode **pro praestito** zu halten sein, wenn auf irgend eine Art der Gegner die Ableistung gehindert haben würde. (Leyser **Sp. 144. m. 1.**, Pufendorf **Obs. I. 56.**, Hofacker **Principia iur. civil. T. III. §. 4522.**) Wenn dagegen, was doch der gewöhnliche Fall ist, der Ergänzungseid dem Kaufmann vom Richter auferlegt worden, so kann, wie im vorigen Fall, von einer Uebereinkunft der Partheien nicht die Rede sein, es kann also auch keine Folge einer solchen Uebereinkunft seyn, daß, wenn die eine Parthei zur Erfüllung einer Bedingung bereit war, die andere sie aber daran hinderte, nun diese für erfüllt angesehen werden solle. Es kommt hier alles auf die Ueberzeugung des Richters an, nach dessen Ermessen der Ergänzungseid aufzuerlegen ist. Wenn sich von Einigen noch darauf berufen wird, daß die religiöse Gewissenhaftigkeit eines Sterbenden in Betracht komme, so ist dies ganz ohne Grund, und kann den für den Richter vorhandenen Beweis weder vergrößern noch verringern, um so weniger, da bei einer wirklichen Eidesleistung so viele Vorsichtsregeln, wohin vorzüglich die Verwarnung vor dem Meineid gehört, angewandt werden müssen.

Das Pr. LR. Th. **II. tit. 8.** §. 582. 583. verlangt die eidliche Bestärkung der Bücher durch alle Erben, oder nur durch einen, wenn dieser die Direction der Handlung übernommen hat. Das Hamburger Statut **P. I. tit. 30. art. 7.** legt den Büchern eines verstorbenen Kaufmanns ohne weitere Einschränkung vollkommnen Glauben bei.

§. 793 e). (M. §. 515. n. XI.)

Die Verjährungszeit in Rücksicht des Vorrechts der Handelsbücher ist, wenn die Landesgesetze keine Bestimmung enthalten, nach dem gemeinen Recht zu bestimmen.

Zweifelhaft kann es sein: ob, wenn Landesgesetze in Hinsicht der Verjährung nichts bestimmt haben, die Verjährungszeit nach dem römischen oder deutschen Recht zu bestimmen sei? Nach letzterm gilt, wie bekannt, die Verjährung von Jahr und Tag. Allein abgesehen davon, daß diese blos bei unbeweglichen Sachen eintritt (§. 200), so würde sie doch hier darum unanwendbar sein, weil

der Kaufmann gewöhnlich seinen Abnehmern einen jährlichen Credit gestattet. Daher ist auch in wenigen Gesetzen diese Verjährung aufgenommen: jedoch in der Anhalt-Dessauischen Verord. v. 15. Mai 1697. (in Ludwig Hallischen Gel. Anz. B. 1. S. 1052.), in Lippe-Detmold (s. Samml. der Lipp. Verord. B. 2. S. 608.), in Mecklenburg-Schwerin ist sie auf ein Jahr und 6 Wochen, nach der Verordnung Herz. Friedrichs v. 29. Dec. 1772. §. 3. 5. (Spalding Repert. der Meckl. Verord. S. 727.[v]) und auch in der österr. Verordnung v. 17. Sept. 1785 (Handbuch der unter Joseph II. erg. Verord. B. 9. S. 200.). Wenn Bender (a. a. O. S. 463.) bemerkt, daß das Privilegium gegen Landesbewohner etwa auf drei Jahre, gegen Fremde aber auf 10 Jahre zu bestimmen sei, so würde dies eben so willkührlich sein[w]), als wenn man den von einigen Landesgesetzen gemachten Unterschied zwischen Kaufleuten und die solche nicht sind, berücksichtigen wollte.

Es bleibt daher nichts übrig, als die Gesetzkraft nach gemeinem Recht zu bestimmen. Am zweckmäßigsten wäre es, sie auf 10 Jahre festzusetzen.

Die Particulair-Gesetze enthalten sehr abweichende Bestimmungen: in einigen ist die Verjährung auf Jahr und Tag bestimmt, wie schon bemerkt worden. Das Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 594. u. s. f. unterscheidet Geschäfte der Kaufleute unter einander, und der des Kaufmanns mit einem Nichtkaufmann: in jenem Fall ist die Beweiskraft auf keine bestimmte Frist eingeschränkt, in diesem auf ein Jahr von der Zeit der Lieferung an gerechnet; nach Ablauf des Jahres erlischt die Beweiskraft zwar, nicht aber das Recht des Kaufmanns, aus dem eingetragenen Vermerk als aus einem schriftlichen Contract zu klagen[x]).

Daß übrigens der Lauf der Verjährung durch eingelegte Protestation, durch Uebersendung der Rechnung während der Verjährungszeit gehemmt werde, ist gemeinen Rechtens, und auch in dem Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 600. bestimmt.

v) Jedoch können die Krämer und Handwerker u. s. w. die angeordnete Verjährung ihrer Buchschulden dadurch vermeiden, daß sie die ihren Schuldnern zeitig übergebenen Rechnungen von diesem mit der Bemerkung eigenhändig unterzeichnen lassen: sie hatten die verzeichneten Waaren oder Arbeit auf Credit empfangen. Diese auf diese Art unterschriebenen Rechnungen sollen alsdann zum Beweise dienen, und jeden fernern Beweis der Bücher, sowohl für als wider den Kaufmann aufheben.

w) Die angeführte österr. Verordnung nimmt diejenigen Forderungen gegen auswärtige Handelsleute hiervon aus, und will, daß die Verjährung derselben

sich nach den Gesetzen des fremden Landes richten soll; s. a. g. Handb. S. 204. Wagner Zeitschrift für die österr. Rechtsgel. und polit. Gesetzkunde. Wien 1825. Heft 5. n. 19. Abh. v. Fischer Ueber die Dauer der Beweiskraft der Handelsbücher zwischen Inländern S. 313.

x) Wenn diese Stelle des Landrechts mit der Gerichtsordnung Th. 1. tit. 10. §. 168. in Verbindung gebracht wird, nach welchem in einem solchen Falle der Grund der Klage und, daß unter den Partheien ein Waarenverkauf abgeschlossen, im Leugnungsfalle durch andere Beweismittel außer dem Handelsbuche dargethan werden muß — so ist es zweifelhaft, was die angegebene Begünstigung des Landrechts helfe. Dieses sucht Siewert in den Materialien zur wissenschaftl. Erklärung der Landesgesetze B. 8. S. 279. zu heben: so wie auch daselbst S. 289. die Frage beantwortet ist: ob der §. 597. des Pr. LR. a. a. O. auf Kaufhandlungen über Meß- und Marktwaaren von mehr als 50 Rthlr. an Werth und während der Meß- und Marktzeit auszudehnen sei?

Im Code de Commerce art. II. ist bestimmt: Les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans: hieraus ist zu folgern, daß die Beweiskraft 10 Jahre daure.

Das baiersche Recht enthält keine besondere Verordnung über die Verjährung der Beweiskraft der Handelsbücher: jedoch kann die Verord. v. 6. Aug. 1795. (Meier Generaliensamml. B. VI. p. 33.), nach welcher die Kaufmannsconten in 3 Jahren verjähren, hier analogisch angewandt werden.

§. 794. (M. §. 516.)
Messen gab es bei den Römern nicht.

Einen eigentlichen Meßhandel gab es bei den Römern nicht, es waren blos Märkte nundinae auf dem forum, nundinae i. e. novendinae quod nono quoque die recurrerent. (Plautus in aulularia.) Es waren eigentlich Getreidemärkte, welche um so bedeutender waren, da der Ackerbau bei den Römern vorzüglich getrieben wurde. (Binckes de agricultura, prae mercat. ap. Rom. f. Leod. 1819.) Der Ursprung der Messen ist in der Gewohnheit zu suchen, daß an Festtagen gewöhnlich ein großer Markt bei Kirchen gehalten wurde: daher sich denn auch der Name Messe (von missa) erklären läßt, indem der Markt nach vollbrachter Messe gehalten wurde. (Dreyer vermischte Abh. Th. II. S. 775. 776. Mereau Taschenbuch der Vorzeit v. J. 1794. n. VII.) Die nundinae der Römer haben aber doch mit den Messen in sofern Aehnlichkeit, daß sie anfänglich (bis die Lex Hortensia v. Jahre 465. dies änderte) so wie jene einen religiösen Charakter hatten, daß Zollfreiheit statt hatte, und Schutz der fremden Kaufleute gegen jede Belästigung (L. I. C. de nundinis. Schweppe röm. RG. §. 216.), auch das italienische Wort fiera und das französische foire kommen von feriae: und von den ältesten Zeiten waren die Kirchweihfeste zugleich Märkte.

§. 794 b). (M. §. 516.)

Der, welcher sich auf ein Meßprivilegium beruft, hat solches zu erweisen.

Pöhls (a. a. O. S. 335.) ist der Meinung, daß die von der Regel, daß Niemand während der Messe wegen Schulden zur persönlichen Haft gebracht werden kann, gemachte Ausnahme, wenn die Schuld während der Messe contrahirt sei, kein hinreichender Grund vorhanden sei. Aus dem römischen Recht ließe sich das Privilegium nicht herleiten, im Zweifel aber könne man es als existirend annehmen, selbst wenn es nicht in dem Meßprivilegio angeführt wäre. Allein mit Recht wird von Mittermaier (a. a. O.) das Gegentheil angenommen. Viel zu weit würde das Privilegium ausgedehnt werden, wenn man es auch auf solche Schulden beziehen wollte, welche auf der Messe gemacht worden wären.

§. 794 c). (M. §. 517.)

Wenn ein Banco-Conto unter einander gehalten wird, so schließt der Banker mit dem Nichtbanker einen Mandatscontract, welcher in die Reihe der Assignationen gehört.

Oefters ist der Fall vorhanden, daß Jemand nicht Mitglied der Bank werden kann, indem ihm die Bedingungen fehlen, die hierzu erfordert werden, z. B. das Bürgerrecht. Wenn nun ein solcher in den Fall kommt, an die Bank oder durch dieselbe Zahlungen an einen Dritten zu machen oder zu empfangen, so muß er sich an einen Bankinteressenten wenden, der anstatt seiner dieses Geschäft gegen eine gewisse Provision besorgt, d. h. Bancoconto unter Jedem halten. Hier entsteht nun die Frage, in welchem Rechtsverhältniß diese Partheien stehen?

Kleinwort (im Archiv d. Handelsrechts B. II. n. XVIII. S. 372.) ist der Meinung, daß der Vertrag zu den unbenannten Verträgen zu zählen sei, do ut facias, und da sich die unbenannten Contracte nach dem benannten richten, mit dem sie die größte Aehnlichkeit haben, so würde dieser zu dem deposito irregulari zu zählen sein, indem Jemanden eine gewisse Geldsumme anvertraut wird, mit der Erlaubniß solche zu gebrauchen, und nur eben soviel, keineswegs aber dasselbe wieder zu bezahlen. Bender (a. a. O. S. 388.) sieht diesen Vertrag auch als einen unbenannten an, und zwar als contractus do ut des, und zählt ihn zum depositum irregulare wegen seiner Aehnlichkeit. Er ist also im Ganzen genom-

men der nämlichen Meinung wie Kleinwort. Die Gründe, welche beide zur Unterstützung ihrer Meinung vorgebracht, sind folgende:

1) Als ein Darlehn könne es nicht angesehn werden, denn bei demselben sei es der Anleiher (wofür der Banker betrachtet werden müßte), der den Contract zu schließen wünscht, der zuerst darum anhält, und zu dessen vorzüglichstem Nutzen das Darlehn abgeschlossen wird; im gegenwärtigen Falle sei aber der, welcher das Geld dem Wechsler-Banker zuschreiben läßt, der diesem zuerst dazu auffordert, und dessen Nutzen vorzüglich durch den Contract bezweckt wird. Wenn auch der Banker Vortheile daraus zieht, so sei dies für die rechtliche Bestimmung des Contracts außerwesentlich.

2) Als **Depositum irregulare** sei es darum zu betrachten, weil solches darin besteht, daß Jemandem eine Geldsumme anvertraut werde, mit der Erlaubniß, solche zu gebrauchen. Wenn Jemandem unversiegelt Geld anvertraut wird, so liege darin die stillschweigende Erlaubniß zum Gebrauch (**L. 25. §. 1. D. depositi**).

3) Sei es Gewohnheit, daß dem Banker die Benutzung des Geldes von dem, welcher es ihm zuschreiben läßt, gleich vom Anfange eingeräumt werde; aus dieser Befugniß folge, daß er das Geld wie das Seine gebrauchen könne, und berechtigt sei, Forderungen an den, für welchen es ihm zugeschrieben worden, damit zu compensiren, weil, wie die Gesetze sich ausdrücken, dies Verhältniß die bekannten Gränzen des Depositum überschreitet und gleichsam in ein Darlehn übergehe (**L. 9. §. 9. D. de reb. cred. L. 24. D. depositi**). Auch hiernach sei die Frage zu entscheiden: ob und wenn der Banker, oder überhaupt Jeder, dem ein Anderer hat Geld zuschreiben lassen, für den Zufall und höhere Gewalt, rücksichtlich des ihm zugeschriebenen Geldes, haften müsse? Wenn nämlich das Geld unversiegelt Jemanden übergeben, in diesem Falle zugeschrieben wird, so gehe das Eigenthum und folglich die Tragung des Zufalls und der höhern Gewalt gleich mit dem Augenblick, wo die Zuschreibung erfolgt sei, über; und bekanntlich gehen Dinge, welche zugezählt, zugemessen und zugewogen werden, durch diese Handlungen gleich in das Eigenthum des Empfängers über, wenn ein Geschäft vorausgegangen, welches Eigenthumsübergang zur Folge haben kann. Ganz anders verhalte es sich aber, wenn das zugeschriebene Geld zuerst als ordentlich, d. h. gleichsam als verschlossen oder versiegelt deponirt zu betrachten sei: wenn gleich nicht

zu leugnen sei, daß dem Banker auch hier die Befugniß zustehe, das Geld zu gebrauchen, so stehe er doch nicht eher für den Zufall, als bis er wirklich von dieser Befugniß Gebrauch gemacht habe.

Der entgegengesetzten Meinung ist Pöhls (a. a. O. §. 135. S. 310.). Er behauptet:

1) daß es nicht als ein **depositum irregulare** anzusehn sei, da von keiner Rückgabe **in specie** die Rede sei und die Posten in verschiedenen Summen wieder abgeschrieben würden; auch könne es nicht als **mutuum** angesehen werden, denn wer sein Geld einem Andern hingiebt, damit dieser es immer für ihn bereit halte, gebe ihm kein Darlehn, besonders aber bezahle keiner beim Darlehn dafür, daß der andere ihm die Ehre erweist, Geld von ihm zu borgen, was bei dem in Frage stehenden Rechtsgeschäft doch häufig geschehe.

2) Lasse sich nicht verkennen, daß hier ein wirkliches Mandatsverhältniß vorhanden sei, welches in einer Reihe von Assignationen bestehe; der, welcher keine Bancorechnung hält, bedient sich einer Mittelsperson, um durch Benutzung ihrer Bancoconto das indirect zu erreichen, wozu er auf directem Wege nicht gelangen kann; indem nun derjenige, unter welchem Jemand seine Bankrechnung hält, für ihn abschreibt, honorire eine auf ihn ausgestellte Assignation, indem ihm zugeschrieben werde, empfange er für ihn laut Anweisung; der, welcher eines andern Bancorechnung führe, sei als Mandatar zu behandeln, jedes Versehn habe er zu vertreten, stehe aber nicht für den Zufall; er werde, wie der Assignatar, für den eingegangenen Belauf, Schuldner, und zwar, da Geld durch die Vermischung mit dem eigenen Eigenthum des Empfängers wird, **debitor generis**; daher denn auch ihn der Beweis des durch Zufall oder höhere Gewalt herbeigeführten Verlusts, wo er zu führen sei, so sicher, wie den Assignatar, gegen jeden Anspruch schützen müsse. Wenn das **genus** (der Bancofond hier) zu Grunde ginge, so brauche blos der **casus** nachgewiesen zu werden; treffe der **casus** die **species**, d. h. gerade den Posten dessen, für den er ihn unter sich hat, so sei darauf zu sehn, ob er ihn schon mit dem seinigen vermischt habe oder nicht.

Daß diese letztere Meinung gegründeter als die erstere ist, kann bei näherer Prüfung der mitgetheilten Gründe nicht bezweifelt werden.

§. 795. (M. §. 518.)

Wenn die gänzliche Vernichtung der Banconote nachzuweisen, so ist dennoch die Bank nicht eher verbunden, Zahlung zu leisten, als bis die Amortisation geschehn ist.

Die Banconoten sind **Lettres au porteur**, welche sonach jedem Inhaber von der Bank bezahlt werden müssen, ohne daß der Nachweis zu geschehn braucht, daß er redlicher Besitzer ist. Der Beweis des Inhabers einer Banconote, daß sie vernichtet sei, z. B. bei einem ausgebrochenen Feuer, ist noch hinreichend, um die Bank zur Bezahlung des Betrags derselben anzuhalten, indem diese nur verbunden ist, gegen Rückgabe der Banconote Zahlung zu leisten; denn wie leicht kann es demnach geschehen, daß bei einem ausgebrochenen Feuer die Banconote entwendet worden ist. Ganz anders verhält es sich aber alsdann, wenn die Amortisation bewirkt worden, und daß diese bewirkt werden kann, ist in §. 264. erwiesen.

Die meisten, als Martens (a. a. O. §. 34.), Bender (a. a. O. S. 394.), Pöhls (a. a. O. S. 314.), nehmen an, daß die erweisliche Vernichtung den Verlust des Rechts auf Bezahlung des Betrags nicht nach sich ziehe, daß aber nach den meisten Bancostatuten dies bestimmt sei. S. n. Tübinger Archiv B. 1. 3. S. 400.

§. 796. (M. §. 519.)

Das Wort Börse kommt von **Bursa**.

Unter Börsen werden öffentliche Versammlungsorte der Kaufleute verstanden, um Handelsgeschäfte abzuschließen, Handelsnachrichten sich mitzutheilen und den Cours zu bestimmen. Einige, als Ludovici (Kaufmannslexicon s. v. Börse), Bender (a. a. O. §. 169. S. 378.), leiten das Wort daher, weil zu Brügge von der Familie van der Beurse ein Haus zu diesem Zweck erbaut worden, an welchem das Familienwappen derselben, 3 Beutel, befindlich gewesen. Andere, als Berghaus (Encyklopädie art. Börse), Pöhls (a. a. O. S. 326. §. 143.), leiten es von **bursa**, Beutel, indem die Versammlungen auf gemeinschaftliche Kosten gehalten wurden.

Diese letztere Ableitung ist wohl die richtigere und mit dem französischen Wort **bourse** übereinstimmend. Uebrigens ist das Wort Börse keineswegs allgemein üblich: in England giebt es **royal exchange**, in Frankreich **loge du change, des marchands**, auch selbst in Deutschland an mehrern Orten Kaufmannscollegen.

§. 797. (M. §. 520.)

Das Wort Stapel kommt von Staffel.

Ueber die Ableitung des Worts Stapel giebt es verschiedene Meinungen. Einige leiten es aus dem Französischen, nämlich entweder von Estappe, dem Ort, wo die Waaren ausgesetzt werden: als Limnaeus (Ius pub. Lib. II. c. IX. p. 253.), oder von Estable, welches aus dem lateinischen stabulum herkomme. Guiccardinus (Descript. belg. fol. 216. 217.) Petri Bertii (Descriptio holland. auts. fol. 213.) ist der Meinung, daß es von stabulando abzuleiten.

Andere dagegen leiten das Wort aus der deutschen Sprache: einige von Stapel (Loccenius de iure marit. C. X. §. 2.), Boxhorn (Theatr. holland. p. 100.), andere von Stapeln, Schattelius (de sing. quib. et ant. in germ. iur. C. XXVI. §. 10.), Werdenhagen (res hanseat. p. 566.), Klock (de contributione C. I. §. 272.), noch andere von Staffel, Stuffe, du Fresne (Gloss. med. et inf. lat. T. II. p. 1586.), Wehner (obs. pract. v. Staffelrecht p. 477.), Danz (Handb. Th. 4. S. 489.), Mulz (Corp. iur. pub. P. 2. C. X. §. 2. V. 12.). Einige leiten es von dem altgothischen Wort stapa; als Strauch (Diss. de dominio maris C. VII. §. 6.), Fritsch (de regali nundin. iure Cap. X. §. 2.), Dietherr (in addit. ad Besoldi thes. Stapelgerechtigkeit p. 198.).

Die Ableitung von Staffel ist die richtigere. An dem Orte, wo die Waaren niedergelegt werden, giebt es Abstufungen, Staffeln: s. Seyfert (Praes. Stockmann de iure stapulae et emporii civitat. Dresd. Lips. 1805.).

In alten Urkunden wird es auch portus, pansa, theatrum genannt[y]).

y) Meibom Script. rer. germ. T. II. p. 336. bemerkt in Hinsicht der letzteren Benennung, daß sich Magdeburg im 14. J. über die Bauern beschwert, daß sie alles Getreide nach Ottersleben geführt hätten.

§. 797 b). (M. §. 520.)

Das Stapelrecht ist weder von Griechen noch Römern abzuleiten; die ältesten Spuren finden sich in den Capitularen Carls des Großen.

Loccenius (de iur. marit. L. 1. c. 10. §. 4. 5.) ist zwar der Meinung, daß bei den Griechen schon Stapel vorhanden gewesen, allein Bornius (Diss. de iure nund. et stap. civit.

Lips. 1739. §. 12.) hat ihn hinlänglich widerlegt. Karl der Große, der so viele wichtige Einrichtungen auch in Hinsicht des Handels machte, bestimmte auch gewisse Städte (Capit. ad l. sal. a. 805. c. 9.), wohin der Waarentransport gehen sollte, doch war ein eigentliches Stapelrecht noch nicht vorhanden, dies bildete sich im 10. und 11. Jahrh. aus: von dieser Zeit finden sich mehre Privilegien, welche die Kaiser den Städten verliehn haben. Wie Eichhorn (in der Reichs- und Rechtsgeschichte Th. II. S. 817. not. b.) richtig bemerkt, ist die Geschichte des Rechts, durch die Bemühung der mit demselben versehenen Städte, seine Entstehung möglichst hoch hinauf zu setzen, sehr ungewiß geworden; s. a. Bender (a. a. O. S. 400.).

§. 797 c). (M. §. 520.)

Das Stapelrecht ist öfters mit dem Niederlagsrecht (ius emporii) verwechselt worden.

Den genauen Unterschied, welchen neuere Rechtsgelehrte zwischen Stapelrecht und Niederlagsrecht machen, als Seyfert (a. a. O.), Danz (a. a. O. S. 488.), Bender (a. a. O. §. 180. 181.) und Mittermaier ist von den ältern Rechtsgelehrten, als Cranzius (Cap. VIII.), Mynsinger (Decad. 2. Rep. iur. XIX. §. 3.), Müller (ad Rumelin. P. 3. Diss. 3. ad aur. bull.) nicht beobachtet worden. Da aber diese Rechte nach neuern Gesetzen und Einrichtungen fast antiquarisch geworden sind, so kann man darüber hinweggehen [z]).

z) Die Wiener Congreßacte art. 114. bestimmt, daß das Stapelrecht und der gezwungene Umschlag (nämlich wenn die Waaren, welche nach der Stadt kommen, umgeladen und auf andere Wagen oder Schiffe gebracht werden, auch Stationenrecht genannt) nicht mehr eingeführt werden, und wo diese Einrichtung schon besteht, darf sie nur in so fern fortgehen, als die Uferstaaten, ohne Rücksicht auf das Interesse des Orts oder Landes, wo es besteht, dasselbe für die Schifffahrt oder den Handel im Allgemeinen für nothwendig und nützlich erkennen. So ist durch die Octroiconvention v. 1804. art. 8. das Stapelrecht Cöln und Mainz aufgehoben, welches auch die Wiener Congreßacte art. 19. bestätigt, so auch das Stapelrecht auf dem Main und Neckar; und nach der Elbschifffahrtsconvention v. 1821. sind nach dem art. 3. alle diese beschränkenden Rechte aufgehoben. Die Publication dieser Acte in Sachsen hatte die Folge, daß in der Verord. v. 4. März 1822. bestimmt wurde, daß die, welche blos innerhalb Landes Frachtfahrt auf der Elbe treiben wollen, von der Entrichtung der Stapel- und Umschlagsgebühren frei sein sollen. (Haubold Sächs. PR. §. 414. S. 436.)

§. 798. (M. §. 521.)

Der Buchhandel gehört zu den städtischen Gewerben.

Der Reichsabschied v. 1570. bestimmt, daß nur in den Städten, wo Fürsten ihre Residenz haben, in Universitätsstädten und in ansehnlichen Reichsstädten Buchhandlungen zugelassen werden sollen. In der Reichspolizeiordn. v. 1577. tit. 35. wird dieses wiederholt und bestimmt, daß ohne besondere Concession kein Buchhandel getrieben werden darf. Wenn daher Particulairgesetze nicht das Gegentheil bestimmen (wie unter andern in Baiern), so kann kein Buchhandel auf dem Lande getrieben werden. Hiermit stimmt überein Bender (a. a. O. §. 122.).

§. 798.b) (M. §. 521.)

Den Buchdruckern steht der Buchhandel mit den von ihnen gedruckten Büchern zu.

Die Concession zur Errichtung einer Buchdruckerei berechtigt an sich schon zum Verlag des Buches, denn so wie dem Handwerker der Handwerkskram zusteht, so muß auch dem Buchdrucker die Befugniß zukommen, das von ihm gedruckte Buch zu debitiren; so wenig die Kaufleute, welche mit den nämlichen Artikeln handeln, die der Handwerker der Stadt bearbeitet und diese verkauft, sich darüber beschweren können, so wenig können dies auch die Buchhändler. Dem Buchdrucker aber steht nicht die Befugniß zu, Bücher von auswärtigen Verlegern in Commission zu nehmen und sie an ihrem Wohnort abzusetzen. Auch selbst kann dem Buchdrucker nicht gestattet werden, von dem Verfasser, welcher auf eigene Rechnung seine Bücher verkauft, dies zu thun. Denn sowohl im ersten als in dem andern Falle ist er Commissionair und vertritt die Stelle des Committenten, wer nun aber an diesem Ort nicht selbst einen Buchhandel hat, der darf auch daselbst durch keinen Commissionair verkaufen lassen. Hiermit stimmt überein Westphal (d. Privatrecht Th. I. Abh. 19.). Das Gegentheil nimmt zum Theil an Bender (Handelsrecht §. 138.). In der baierischen Verfassungs-Urkunde Beil. III. §. 1. ist bestimmt, daß den offenen Buchhandlungen und denjenigen, welche zu diesem Gewerbe obrigkeitlich berechtigt sind, in Ansehung der gedruckten Schriften freier Verkehr, so wie den Verfassern, Verlegern und berechtigten Buchdruckern im Königreiche in Ansehung der

Bücher und Schriften, welche sie in Druck geben wollen, vollkommene Preßfreiheit zustehe.

Dem Antiquar kann blos der Handel mit gebundenen Büchern, und solchen, welche nicht leicht mehr im Buchhandel vorhanden, gestattet werden.

§. 799. (M. §. 204.)

Der Verlagsvertrag ist ein selbstständiger, aus dem deutschen Verkehr hervorgegangener.

Ueber die Frage: zu welchen Verträgen der Verlagsvertrag zu zählen sei? giebt es sehr getheilte Meinungen. Rudhart (Ueber die syst. Stellung der Verträge §. 69. n. 73.), Pöhls (Handelsrecht S. 143.) nehmen an, daß er als Gesellschaftsvertrag anzusehn sei. Diese Meinung ist im Allgemeinen zu verwerfen, nur in dem Falle ist solcher anzunehmen, wenn Schriftsteller und Verleger dahin übereingekommen wären, daß das Werk auf beider Gefahr gedruckt und verkauft werde. Bielitz (Versuch die vom Verlagsrechte geltenden Grundsätze aus der Analogie der positiven Gesetze abzuleiten. Dresd. 1799.), Curtius (Sächs. Civilrecht Th. IV. S. 197.), s. a. österr. Gesetzbuch §. 1164 u. s. f., welche Meinung Seidenstücker (jurist. Fragmente. Gött. 1802. 1. S. 199.) aber hinlänglich widerlegt hat. Penzenkuffer (über das Rechtsverhältniß zwischen Schriftsteller und Verleger. Nürnberg 1823. S. 25.) vergleicht den Verlagsvertrag mit dem Mandatvertrag. Hofbauer (Untersuchungen über die wichtigsten Gegenstände des Naturrechts. Halle 1795. n. 33. Ist der Büchernachdruck widerrechtlich oder nicht? S. 346.) hält ihn für einen Kauf. Bender (a. a. O. S. 263.) nimmt ein getheiltes Eigenthum an, indem der Verfasser das Eigenthum der Handschrift behalte, und an dem Verleger einzelne Theile, namentlich deren Besitz und Benutzung, auf eine bestimmte Zeit übertrage. Mittermaier (a. a. O.) und einige Andere sehn den Verlagsvertrag als einen selbstständigen Vertrag an, der aus dem deutschen Verkehr entstanden ist.

Diese letztere Meinung ist wohl die richtigere. Dem Vertrage liegt die Vorstellung des Schrifteigenthums zum Grunde, (Schmidt über Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkt des Rechts, der Moral und Politik. Jena 1812. S. 68. Neustetel der Büchernachdruck nach römischem Recht. Heidelb. 1824. S. 4.

s. a. Badensches LR. §. 577.) welches zwar nie dem Eigenthum über körperliche Sachen gleichkommt, das aber von der Gesetzgebung geschützt ist, indem sie jedem Bürger gestattet, seine literarischen Erzeugnisse bekannt zu machen, oder durch Andere dies zu bewirken, und die Art, wie dies geschehn soll, zu bestimmen.

§. 799. b) (M. §. 204. n. 3. b.)

Der Verleger kann den Schriftsteller nicht nöthigen, eine neue Auflage seines Werks zu verfertigen.

Zachariä (de dominio quod est auctori in libris a se conscriptis. Vit. 1799. p. 12. §. 10. Q. 3.) ist der Meinung, daß dem Verleger darum das Recht zustehe, weil er bei Eingehung des Verlagsvertrags nicht blos den Vortheil, welchen er jetzt zu erwarten hat, berücksichtige, sondern auch die Hoffnung, sich einen größern Vortheil zu verschaffen: der Verleger müsse aber das bestimmte Honorar bei dieser Auflage bezahlen. Allein mit Recht wird diese Meinung von Andern, als Bender (a. a. O. S. 276.), Pöhls (a. a. O. S. 245.), Mittermaier (a. a. O.) verworfen. Denn bei dem Abdruck eines Werks kann das oft nur pecuniäre Interesse des Verlegers nicht in Betracht kommen, sondern es ist vorzüglich das viel höher stehende wissenschaftliche des Verfassers in Betracht zu ziehn; dieses kann den Verfasser veranlassen, sein Werk einige Zeit lang gar nicht in Umlauf zu bringen, um es nach längerer ernstern Prüfung und Feilung des Gehaltes weit gehaltvoller späterhin in einer neuen Form erscheinen zu lassen. Dann wird aber auch das Interesse des Publikums weit besser gewahrt, als wenn man die entgegengesetzte Meinung annimmt. Diesen wissenschaftlichen Zweck muß ein jeder Verleger und auch das Publikum achten.

§. 799. c) (M. §. 204. n. 6.)

Durch den Tod des Schriftstellers erlischt das Recht der Erben an dem Verlagswerke nicht.

Geht man von dem richtigen Grundsatz aus, daß der Verlagsvertrag ein selbstständiger eigener Vertrag ist, dem die Vorstellung eines Schrifteigenthums zum Grunde liege, so kann man nicht annehmen, daß das Recht der Erben an dem Werke des Verstorbenen erlösche. Der Tod des Verfassers kann dem Verleger kein größeres Recht geben, als er bei den Lebzeiten jenes hatte,

die Erben treten in die Rechte des Erblassers und können über die Früchte seines Geistes verfügen. Einige sind der Meinung, daß dieses Recht erlösche, nur nicht dann, wenn eine Wittwe oder Kinder erstern Grades vorhanden sind, auf entfernte Anverwandte sei keine Rücksicht zu nehmen, mit welcher auch das Pr. LR. Th. I. tit. XI. §. 1020. 1030. im Ganzen übereinstimmt. Bender (a. a. O. S. 280. §. 135.) ist der Meinung, daß, wenn in dem Verlagsvertrage nichts bestimmt sei, das Recht darum nicht auf die Erben übergehe, weil durch den Tod das getheilte Eigenthum aufgehoben werde, und dem Verleger allein zukomme. Zachariä (a. a. O. p. 13. §. 11. Q. 1.) macht folgenden Unterschied: ob das Manuscript schon jemandem zum Verlag übergeben und gedruckt sei, oder ob dieses nicht ist, sondern sich in dem Nachlaß des Verfassers befindet; im letztern Fall stehe den Erben das vollkommene Eigenthum zu; im erstern Falle sei dies ebenfalls anzunehmen, denn wenn gleich die Rechte des Verfassers auf die Erben nicht übergingen, so sei doch hier eine Ausnahme zu machen. Dergleichen sonderbare Distinctionen macht auch Rossig (Handbuch des Buchhandelsrechts. Leipz. 1804. S. 160.). Die richtige Meinung vertheidigen Hommel (Rhaps. qu. 750.), Schmid (a. a. O. S. 151.), Penzenkuffer (a. a. O. S. 60.), Falck (Eranien 3. Lief. S. 60. Bemerkungen über den Einfluß, der dem Tode des Verfassers auf das Verlagsrecht an s. Schriften beizulegen ist.), Mittermaier (a. a. O.).

Die Landesgesetze enthalten sehr abweichende Bestimmungen, als das Pr. LR. a. a. O. Nach dem österr. GB. §. 1169. geht das Recht des Schriftstellers in Rücksicht einer neuen Auflage oder Ausgabe auf seine Erben über. Nach dem Badensch. Landrecht §. 577. a. b. erlöscht das Recht; nach französischem Recht dauert es 10, und nach englischem 28 Jahre nach dem Tod des Autors fort.

§. 799. d) (M. §. 204.)

Wenn es an Particulärgesetzen ermangelt und der Fall unter besondern Umständen nicht als Betrug zu betrachten, so ist der Nachdruck straflos.

Bei der Frage: ist der Büchernachdruck widerrechtlich oder nicht? kann wohl ausgerufen werden: tot capita, tot sensus [a]); denn wie viele Vertheidiger und dagegen

wie viele Widersacher hat solche gefunden! Die Widerrechtlichkeit ist dargethan in der Abhandlung unparth. Bedenken, worin ausgeführt wird, daß der unbefugte Büchernachdruck aller Bücher ein Verbrechen und ein feiner Diebstahl sei. Cöln 1742. rechtl. Bedenken über den schändlichen Nachdruck anderer geh. Bücher. Fr. u. Lpz. 1774. Becker (Ueber das Eigenthum an Geisteswerken. Gotha 1791.), Fichte (Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks in der Berliner Monatsschrift v. Mai 1793.), Kant (von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks in der Berliner Monatsschr. v. Mai 1785., auch in Mereau Msc. Th. II. S. 233. Ebend. erth. Anfangsgründe d. Rechtslehre S. 128.), Runde (Gr. d. d. PR. §. 197. c.), Bosner (Uebers. d. Gründe wegen Strafbarkeit d. Büchernachdr. Herausg. v. Ganz. Regensb. 1790.), Gräf (Darstellung des Eigenthumsrechts des Schriftstellers und Verlegers. Lpz. 1794.), Zachariä (a. a. O.). Eine Abh. in Harl Archiv Heft 5. (1825.), Krug (Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck rechtlich, sittl. und klugl. betr. — gegen den Wangenheimischen Bericht am Bundestage, den Nachdruck betr. Lpz. 1823.). Schmid (a. a. O.).

Zu den Vertheidigern gehören: Ohlentorp (jedermannigl. sonnenklar einleucht. Vertheid. d. BN. 5. Aufl. 1790.), Hofbauer (a. a. O.), Krause (über den Büchernachdruck. Stuttg. 1817.), Griesinger (d. BNachdr. Stuttg. 1822.), Klüber (öffentl. R. d. d. Bundes §. 505.). Außerdem die Werke von Fries (1823), Kramer, Neustetel, dann die Debatten über den Büchernachdruck in der würtemb. Kammer der Abgeordneten v. J. 1821. (Sammlungen der Acten der Kammer S. 1204—1266.), auch unter obigem Titel besonders abgedruckt. Stuttg. 1822. Die Würtembergische Abstimmung in dem Protocoll d. B. V. v. 1823. §. 13. v. Wangenheim in d. Sitzung v. 13. Febr. 1823. äußerte sich dahin: der Büchernachdruck sei an sich rechtmäßig, weil Verfasser und Verleger kein Eigenthum an dem Werke hätten, daher jede Läsion eines solchen erworbenen Rechts fehle; er sei unedel und unbillig, weil sich ein Dritter auf Kosten Dritter bereichere, ohne deren Risico jemals zu übernehmen; er sei schädlich sowohl in unbeschränkter Verbietung, weil sich dann das Publikum vor Uebersetzungen und Bücherpreisen nicht retten könnte, als auch schädlich in unbeschränkter Gestattung, weil alsdann der Bücherverkehr sehr empfindlich gelähmt würde, was der ganzen

geistigen Kultur zum augenscheinlichsten Nachtheile gereichte. Der Nachdruck sei darum sowohl zu gestatten, als auch zu verbieten, nämlich letzteres in den ersten 6 Jahren seit Erscheinung des Werkes, jenes für alle Zeiten nach Ablauf von 6 Jahren. S. n. Beiträge zur Revision der Gesetze von C. H. A. v. Oppen. Cöln 1833. n. 1. Ueber Büchernachdruck. Bender (a. a. O. S. 292 u. f. f.) äußert sich dahin: Gleich nach Erfindung der Buchdruckerkunst waren die Bücher meist solchen Inhalts, daß man an ein wirkliches Verlegen derselben gar nicht dachte. Ein solches Wagstück unternahm niemand; wo ein Bedürfniß war, druckte jede Druckerei so viel, als sie Absatz fand, z. B. Luthers Schriften. Seitdem aber, namentlich durch die Buchhändlermesse, ein fester Verkehr sich gebildet, wurden die oft bedeutenden Unkosten schon sicherer durch den zu hoffenden Absatz gedeckt, Buchhändler tauschten gegenseitig und forderten mit gleichem Interesse den Absatz. Aus diesem Meßverkehr ergab sich ganz von selbst, daß Jeder dem Andern den ausschließlichen Debit eines von diesem gedruckten Buchs überließ, wo dann der Andere sich von diesem Drucker wieder eine gleiche Berücksichtigung versprechen durfte. Nachher wurde der Buchhandel immer mehr kaufmännisch betrieben, die Manuscripte wurden erkauft und dafür ein bestimmtes Honorar bezahlt. In diesem Honoriren lag ganz natürlich die Absicht, sich ein ausschließliches Recht auf den Debit des honorirten Buchs zu verschaffen, und so entstand das Verlagsrecht. Jeder Buchhändler respectirte es, weil er dann gleiche Anerkennung von den andern Verlegern erwarten durfte. Da nun aber kein Gesetz das Verlagsrecht sicherte, so ließ sich der Verleger von dem Kaiser ein Privilegium gegen den Nachdruck ertheilen. So ist denn das Verlagsrecht längst ein Gewohnheitsrecht geworden, hat durch die Geschichte seine Begründung und Rechtfertigung erhalten, und seine Entstehungsgründe beweisen zur Gnüge, daß es auf ganz guten Grundsätzen beruht, die das Recht nur billigen kann, und denen zu ihrer vollen Kraft weiter nichts als positive gesetzliche Anerkennung abgeht. Zur Unterstützung der Meinung derer, welche den Nachdruck als widerrechtlich betrachten, dienen folgende Gründe:

1) Bei einem Buche ist die Materie und Form derselben zu unterscheiden. Jenes sind die Gedanken, die es enthält, dieses die eigenthümliche Art ihrer Verbindung, ihres Vortrags, ihrer

Entwicklung. Jene sind nicht nothwendig das ausschließliche Eigenthum des Verfassers, aber dieses kann niemandes andern Eigenthum werden, weil niemand sie sich zueignen kann, ohne ihre Form zu verändern. Der Schriftsteller kann also nicht Willens sein, seine Form der Gedanken gemein machen zu wollen. Er kann daher seinem Verleger nichts als einen gewissen Nießbrauch derselben geben wollen in der gestatteten Vervielfältigung der Exemplare jener Schrift. Der Nachdrucker bemächtigt sich des Nießbrauchs eines fremden Eigenthums und stört sonach den Verfasser in der Ausübung seines Rechts.

2) Der Schriftsteller ist Eigenthümer seines Werks, er hat den alleinigen Gewinn aus demselben, er kann solches veräußern, wie er will und an wen er will. Durch den Vertrag mit dem Verleger tritt er diesem sein Recht ab; dieser erhält sonach das ausschließende Recht, aus dem Druck und Verkauf der Schrift allen nur möglichen Gewinn zu ziehn.

Die Gründe, welche diejenigen anführen, die den Nachdruck vertheidigen, sind:

1) Bei dem Büchernachdruck sind zwei Fragen zu unterscheiden: einmal ob er sittlich erlaubt ist, dann ob durch denselben Jemandes Recht verletzt wird. Denn es kann etwas unsittlich sein, ob es gleich nicht widerrechtlich ist. Die erste Frage wird ein jeder verneinen, der für Moralität Achtung hat. Ganz anders verhält es sich mit der zweiten Frage.

2) Ein Buch vervielfältigen, oder richtiger ein Exemplar desselben, heißt nichts anderes als mehrere Exemplare aus demselben machen; etwas machen heißt aber einer vorhandenen Materie eine gewisse Form ertheilen, oder weniger abstrakt, eine vorhandene Materie zu einem gewissen Behufe trennen oder mit einer andern Materie verbinden.

3) Jeder kann, vermöge seiner natürlichen Freiheit, nun machen, welche Sache er will, wofern die Materie, welche er verarbeitet, niemandem andern gehört und die Hervorbringung der Sache nicht durch Handlungen geschieht, welche an sich keine Beleidigung sind. Eine auf diese Art gemachte Sache ist sein Eigenthum, welche er willkürlich veräußern kann.

4) Der Nachdrucker vervielfältigt das Buch des Verlegers, er kann dieses, ohne irgend jemandes Eigenthum zu verletzen; er kann es durch Handlungen, durch welche niemandes Recht verletzt

wird, so gut als es der Verleger kann. Er ist so gut Eigenthümer der Exemplare, die er hat drucken lassen, als der Verleger Eigenthümer der von ihm oder auf seine Veranstaltung gedruckten Exemplare ist. Der Nachdrucker hat daher das Recht, sie eben sowohl zu verkaufen, als der Verleger. Sein Verkauf dieser Exemplare kann daher gegen niemandes Recht laufen.

Diese letztere Meinung ist die richtigere; die von den Gegnern angeführten Gründe sind von geringem Gehalt. Denn

1) wenn behauptet wird, daß der Verfasser seinem Verleger einen Nießbrauch an seinen Gedanken verleihe, so ist dies ganz ungegründet und dem Begriff von Nießbrauch zuwider, worunter der Nutzen, den ich unmittelbar aus der Sache, unbeschadet der Substanz, ziehn kann, verstanden wird. Der Nachdrucker aber braucht, um nachzudrucken, keinen Nießbrauch von der Gedankenform des Verfassers, sondern er braucht nur des Nießbrauchs eines Exemplars des Buchs, welches er nachdrucken will.

2) Wenn behauptet wird, der Verfasser sei Eigenthümer des Buchs, so fragt es sich, was hier unter Eigenthum verstanden wird. Soll es darin bestehn, daß er und kein anderer Verfasser desselben ist, so kann ihm niemand dasselbe nehmen, er kann es niemanden veräußern und niemand kann es verletzen. Wenn noch so viele Nachdrucker das Werk nachdrucken, so thut keiner derselben etwas gegen dieses Eigenthum des Schriftstellers. Soll der Verfasser Eigenthümer des Buches in dem Sinne sein, in welchem man Eigenthümer einer körperlichen Sache ist, so kann man sich nichts bei dem Eigenthum des Buchs denken. Als Eigenthümer einer körperlichen Sache habe ich ein ausschließendes Recht zum Gebrauch dieser Sache. Mein Recht ist nur ausschließend, in so fern der Gebrauch, welchen ein Anderer von meiner Sache macht, meinen eigenen Gebrauch auf irgend eine Weise hindern könnte. Ich kann niemandem einen solchen Gebrauch meiner Sache hindern, durch welchen mein Gebrauch der Sache nicht beschränkt wird. Ich kann niemandem wehren, meine Sache zu besehn, wenn sie seinen Augen ausgesetzt ist, ob ich sie gleich seinen Augen entziehn kann. Der, welcher meine Sache besieht, gebraucht meine Sache, wenn er hierdurch einen Zweck zu erreichen weiß, denn etwas gebrauchen, heißt doch nichts anderes als vermittelst derselben einen Zweck ganz oder zum Theil erreichen. In diesem Sinne giebt es keinen ausschließenden Gebrauch von einem Buche, oder von einer Reihe von Vor-

stellungen; diese kann natürlich von niemandem als von demjenigen, der sie verknüpft hat, gebraucht werden, ehe er sie durch Zeichen mitgetheilt hat; ist dieses geschehn, so schließt der Gebrauch des einen den Gebrauch des andern nicht aus. Hier kann sonach von keinem Eigenthum wie bei einer körperlichen Sache die Rede sein. Giebt ein Schriftsteller ein Werk in Verlag, so hat er, zufolge des Vorhergehenden, ihm kein ausschließendes Recht geben können, oder ein Recht, seine Schrift auf eine gewisse Zeit ausschließend zu vervielfältigen, so lange er sich dessen nicht wieder begeben hätte. Sobald die Schrift ins Publikum gekommen, so hat jeder Eigenthümer, vermöge seiner natürlichen Freiheit, das Recht, sie zu vervielfältigen und die vervielfältigten Exemplare zu veräußern, wenn nicht dargethan werden kann, daß er sich dieses Rechtes selbst begeben habe. Dies aber kann dadurch bewirkt werden, wenn der Verleger ein jedes Exemplar seines Verlagswerks mit der Klausel des eingeschränkten Eigenthumsrechts versehn läßt, dahin lautend: daß das Eigenthum der einzelnen Exemplare niemandem anders als mit der immerwährenden Bedingung, daß dasselbe nicht nachgedruckt, oder andern zum Nachdruck überlassen, übertragen werde; denn alsdann bedarf es weder eines gesetzlichen Verbots noch eines Privilegiums.

In den Gesetzen finden sich verschiedene abweichende Bestimmungen. Nach den Reichsgesetzen (kais. Patent v. 18. Febr. 1746. §. 3.) ist es unerlaubt, ein privilegirtes Buch nachzudrucken: in der Wahlcapitulation art. VII. wird der Büchernachdruck gemißbilligt; denn es heißt hier:

> insonderheit wollen wir — den Buchhandel nicht außer Acht lassen, sondern das obgenannte Reichsgutachten auch darüber erstatten lassen, wiefern dieser Handelszweig durch völlige Unterdrückung des Nachdrucks — von dem jetzigen Verfall zu retten sei.

In der Bundesacte art. 18. ist versprochen, für die Sicherheit der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck zu sorgen. (Elvers Ueber die in der Bundesacte zugesicherte Bundesgesetzgebung hinsichtlich der Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck in d. Themis B. I. Heft 2. n. 10.) Auch wurde ein Gutachten von der dazu niedergesetzten Commission gestattet (s. P. d. BV. v. 22. Juni 1818. §. 139. Commissionsbericht v. 11. Febr. 1819.). Die Wiener Schluß-

acte v. 1820. art. 65. behält diesen Gegenstand der Bundesversammlung zur fernern Berathung vor. Preußen hat mit 29 Bundesstaaten über die Sicherheit des Verlagseigenthums gegen den Nachdruck Verträge abgeschlossen (Leipziger Litz. v. 1828. Nr. 123.). In der baier. Verordnung v. 2. Febr. 1829. (Regbl. S. 97.) ist bestimmt, daß gegen Preußen das Reciprocum wegen des Nachdrucks beobachtet werden soll. Das Chursächs. Mandat v. 1686. bestimmt, daß Buchdrucker und Buchführer sich des verbotenen Nachdrucks enthalten sollen; und in dem Mandat v. 18. Dec. 1773. (Haubold Sächs. Privatrecht §. 416.) sollen die Nachdrucker zum Schadenersatz angehalten, die Exemplare confiscirt werden. (V. Langenn u. Kori praktische Erört. v. Rechtsfragen 2. Th. n. 22., ist es nach königl. sächs. Gesetzen einem Dritten erlaubt, den Text eines bereits edirten Buchs, welches den Abdruck eines Mscr. enthält, zu dessen Entzifferung wissenschaftliche Thätigkeit erforderlich, durch den Druck zu vervielfältigen?) Das Pr. LR. Th. II. tit. 20. §. 1294. bestimmt, daß Bücher, auf welche königl. Unterthanen das Verlagsrecht haben, niemand nachdrucken soll, daß, wenn der Verleger ein Privilegium erhalten, der Nachdrucker mit der, in demselben bestimmten Strafe belegt werden soll; wenn hierin nichts bestimmt, so soll der Nachdrucker durch Confiscation des Nachdrucks bestraft werden. In Th. I. tit. 11. §. 1026. ist bestimmt, daß Werke ausländischer Schriftsteller, welche außer dem deutschen Reiche und den königl. Staaten in einer fremden Sprache geschrieben und deren Verleger weder die Frankfurter noch Leipziger Messe besuchen, nachgedruckt werden können, in so fern der Verleger kein Privilegium erhalten hat; und daß gegen Staaten, welche den Nachdruck dulden, die Retorsion eintreten soll. Das badensche Landrecht §. 577. bestimmt, daß Verfasser und Verleger ihr Eigenthumsrecht nur in so weit geltend machen können, als sie auf das Werk ihren Namen gesetzt haben. (In dem Abschied der badener Ständeversammlung v. 1828. wurden zweckmäßige Maasregeln getroffen.)

Die würtembergische Verord. v. 25. Febr. 1815. sichert nur in so fern gegen den Nachdruck, wenn ein inländisches Privilegium vorhanden ist; s. a. österreichisches Gesetzbuch §. 1169. Das baierische Strafgesetzbuch art. 397. bestimmt, daß der Nachdrucker zum Schadenersatz verbunden und mit der in dem

Privilegium bestimmten Strafe belegt werden, oder wenn darin keine Bestimmung enthalten, nach den in den Polizeigesetzen enthaltenen Bestimmungen behandelt werden soll. In der baier. Verord. v. 14. Juni 1829. wird bestimmt, daß die hessische Verord. wegen Büchernachdrucks erwiedert werden soll. — Das Hollstein-Oldenburg. Strafgesetzb. art. 416., so wie die dänische Verord. v. 7. Mai 1828. enthalten zweckmäßige Bestimmungen über Büchernachdruck.

a) S. mehrere Schriften in Pütter Lit. d. d. Staatsrechts III. 595. Forts. v. Klüber §. 1358.

§. 800. (M. §. 522.)

Die Apotheker sind weder ausschließlich zu den Künstlern und Kaufleuten zu zählen, sondern sind beides zugleich.

Die Apotheker werden gewöhnlich zu den Kaufleuten gezählt. Bender (a. a. O. §. 143.), Mittermaier (a. a. O.); s. a. Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 456. Dies läuft aber gegen den Begriff eines Kaufmanns, indem dieser unverändert die eingekauften Waaren verkauft, dies aber der Apotheker nicht thut. An sich ist ein Apotheker Künstler, in so fern aber die Ausübung der Kunst mit dem Handel verbunden ist, in so fern haben die Apotheker auch die Rechte der Kaufleute.

§. 800. b) (M. §. 522.)

Den Büchern der Apotheker kommt das Vorrecht der Handelsbücher zu.

Einige, als Rösner (de lib. merc. Cap. IV. n. 122.), Blanchard (de probatione per lib. merc. Colon. 1786. Cap. IV. §. 34.) sind der Meinung, daß den Büchern der Apotheker das Vorrecht der Handelsbücher darum nicht zustehe, indem sie gegen Recepte die Arzeneien verabfolgen lassen, der Beweis der Schuld sonach durch die Recepte bewirkt werden kann. Andere, als Ebeling (Ueber d. Beweiskraft d. HB. S. 41. §. 32.) sind der Meinung, daß, in so fern die Apotheker mit den eingekauften Waaren in unveränderter Gestalt einen Handel treiben, den Büchern derselben diese Beweiskraft zukomme. Diese Meinung hat das für sich, daß den Apothekern nur in so fern dieses zukommt, als sie Kaufleute sind; eigentliche Materialisten, indem diese in der Regel mit rohen Produkten handeln, hat aber das

gegen sich, daß nur in sehr wenigen Fällen alsdann den Apothekern dieses Vorrecht zustehn würde. Daher verdient die Meinung derer, welche den Apothekerbüchern überhaupt ohne Einschränkung dieses Vorrecht beilegen, den Vorzug. Lauterbach (in D. de iure in curia mercat. usit. th. 6.), Leyser (Sp. 279. med. 3. 4.), Zipfel (von Wechselbriefen S. 293.), Danz (Handbuch B. 4. S. 458.). Nach dem Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 473. haben die Bücher der Apotheker, welche auf kaufmännische Art geführt sind, die Rechte und Glaubwürdigkeit der Handelsbücher.

§. 809. c) (M. §. 522.)

Wenn Concurs über das Vermögen nach dem Tode desjenigen ausbricht, dem der Apotheker Arzeneien auf Credit hat verabfolgen lassen, so hat dieser wegen dieser Forderung das Vorrecht der ersten Classe.

Wenn gleich nicht ausdrücklich nach den Bestimmungen der allgemeinen Gesetze dieses Vorrecht den Apothekern zusteht, so kann doch dies analogisch aus den Gesetzen entnommen werden. So wie dem, der die Leichenkosten bestritten hat, nach der L. 14. §. 1. und 45. D. de religiosis dieses Vorrecht zusteht, so kann dieses auch auf dasjenige bezogen werden, was dem Verstorbenen in der letzten Krankheit gegeben ist. Die L. 3. C. de religiosis, L. 4. C. de pet. heredit. sind nicht blos auf das Honorar des Arztes zu beschränken, sondern es kommt auch den Apothekern zu. Hiermit stimmen überein Carpzov (P. 1. const. 28. def. 13.), Richter (diss. de iure et privil. cred. Diss. III. memb. 1111. p. 93.), Leyser (Sp. 482. med. 1.), Lampius (Diss. de privileg. et iur. sing. medicor. Sect. I. c. II. §. 22.), Walch (introd. in controv. iur. civil. p. 791.). Andere sind der Meinung, daß das Vorrecht nicht in den Rechten begründet, sondern blos auf ein Gewohnheitsrecht und auf Billigkeit sich stütze, als Hasentien (Diss. de priv. med. cred. in con. cred. Jena 1774.), auch Ludwig (Einleit. zum Concursprozeß c. 10. §. 13.), Gmelin (Ordnung der Gläubiger S. 93.). Einige Rechtsgelehrte gestatten den Apothekern überhaupt dieses Vorrecht wegen der Arzeneiforderungen. Cocceji (ius controv. lib. 14. tit. 4. q. 5.), Westphal (d. PR. Th. I. S. 187. §. 2. n. 5.), Dabelow (Concurs der Gl. S. 597.), womit dann auch die Particular-Gesetze übereinstimmen. Baierische Prioritätsord. v.

1822. §. 12., wo diese Forderung das Vorrecht der ersten Classe hat. Pr. Gerichtsordnung Th. I. tit. 50. §. 367. Code Napoléon art. 2101.

§. 800. d) (M. §. 522.)

Den Apothekern steht das Recht Branntwein zu verkaufen überhaupt zu.

Westphal (d. PR. Th. I. Abh. 22. §. 12.), Bender (a. a. O. S. 302. e.) sind der Meinung, daß ein Apotheker blos befugt sei, abgezogene Wasser zu verkaufen, nicht aber gemeinen oder Kornbranntwein; diese Meinung ist aus dem angeführten Grund, weil die Gerechtigkeit zum Branntweinbrennen beeinträchtigt werde, unrichtig, denn diese Beeinträchtigung erfolgt ja auch bei feinern Branntweinen. Es ist ein allgemein anzunehmender Grundsatz, daß Apotheker mit den Waaren, welche sie zur Fabrication der Arzeneimittel gebrauchen, auch zu handeln befugt sind; da sie nun auch Kornbranntwein zu ihrer Kunst gebrauchen, so sind sie auch zum Verkauf desselben befugt. Hiermit stimmt auch die Pr. Verord. v. 11. Nov. 1820. überein, nur soll der Verkauf nicht in der Apotheke geschehn.

§. 800. e) (M. §. 522.)

Den Apothekern steht ausschließlich die Befugniß zu, Medicamente zu verkaufen, nicht den Aerzten.

Es giebt zwar Mehrere, welche auch den Aerzten die Befugniß gestatten, Medicamente, welche sie selbst verfertigt haben, ihren Patienten zu verkaufen, wie hierüber Göpel (in Append. praelim. apologiae medicae pro vindicandis medic. iuribus a. 1727.) mehrere Responsa mitgetheilt hat; allein diese Meinung wird mit Recht von Andern, als Westphal (d. PR. Th. I. S. 191.) darum verworfen, weil der große Nachtheil daraus entstehn könnte, wenn diese Befugniß dem Arzte gestattet werden sollte, auch eine Beeinträchtigung der Rechte der Apotheker. Häufig ist daher auch verordnet, daß, wenn Doctoren Apotheken erwerben, sie besonders verpflichtete Provisoren halten müssen. Nach dem Pr. LR. Th. II. tit. 8. §. 451. sollen sich Aerzte und Wundärzte die eigene Zubereitung der den Kranken zu reichenden Arzneien an den Orten, wo Apotheken sind, der Regel nach enthalten.

Register.

Die erste Zahl bedeutet den §., die zweite den Band der Polemik.

Leipzig, gedruckt bei W. Staritz.